

STURM

Die Strafbaren Unterlassungen

1905



Die strafbaren Unterlassungen

insbesondere

die fahrlässigen Unterlassungen

der Aerzte, Heilkünstler,
gewerbsmässigen Gesundbeter und Kurpfuscher

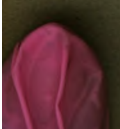
Von

Dr. A. Sturm
Justizrat



Berlin
Carl Heymanns Verlag
1905

Verlags-Archiv 3855



Dr. A. Sturm

Die strafbaren Unterlassungen

Die
strafbaren Unterlassungen

insbesondere

die fahrlässigen Unterlassungen
der Ärzte, Heilkünstler, gewerbsmäſsigen Gesundbeter und Kurpfuscher

Eine Abhandlung

von

Justizrat Dr. A. Sturm
Naumburg a. S.

BERLIN
Carl Heymanns Verlag
1905

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

Verlags-Archiv 3855.

Herren Oberlandesgerichtsrat Zaeschmar in Leipzig, Justizrat Tollkiemitt und Justizrat Hagemann in Naumburg a. S., Professor Dr. Braunschweig und Professor Dr. Haasler in Halle a. S.

gewidmet

Widmung und Vorwort.

Keine Strafe ohne Rechtsnorm.

In dankbarer Erinnerung an Ihre freundliche Teilnahme, Herr Oberlandesgerichtsrat Zaeschmar, an meinen Arbeiten und speziell an der hier behandelten Frage — in treuem Gedenken an Sie, meinen hochverehrten dereinstigen Herrn Sozius Justizrat Tollkiemitt und in dankbarster Gesinnung — in alter Freundschaft gegenüber meinem lieben Herrn Kollegen Justizrat Hagemann, — in Jugendfreundschaft mit Euch, meine lieben beiden Jenenser Universitätsfreunde, habe ich der folgenden Abhandlung mir werte Namen aus dem Reiche zweier Fakultäten voran stellen dürfen. Möge sie, mit diesen Namen geschmückt, unter den Mitgliedern beider Fakultäten Freunde finden. Die Frage nach der Stellung der Kurpfuscher ist jetzt für die Regierungen eine brennende geworden, auch der letzte Naturforschertag ist derselben nahe getreten. An praktischem Interesse für dieselbe fehlt es also nicht. —

Ihre Beantwortung war von einer tiefergehenden theoretischen Untersuchung über den negativen Begriff der Unterlassungsdelikte nicht zu trennen. Dieselbe hat mein modernes Lebenswerk (Revision der Lehre vom Gewohnheitsrecht) zur Voraussetzung, wenn sie auch hier ohne dasselbe verständlich sein wird. Ob ich noch weitere Bausteine auf dieser neuen Grundlage aufbauen kann, weiß ich nicht. Ist auch unser Anwaltstand neben dem des Arztes der größte und schönste aller praktischen Stände, so läßt doch er gerade selten Zeit

zur Forschung. Die akademische Freiheit zu erstreben, war mir in der Jugend versagt. Neben der Freude an der Arbeit ist doch die Resignation auf größere Freiheit geblieben; neueste Literatur entgeht uns nur zu leicht. Möge bei der Aufstellung meiner neuen Rechtsansicht, die sich hier bemüht hat, auch diese öfter von mir behandelte Lehre nunmehr abzuschließen, nichts Wesentliches unberücksichtigt geblieben sein.

Naumburg a. Saale 1904.

Dr. A. Sturm

§ 1.

Das Recht zu strafen im allgemeinen.

Schopenhauer spricht in dem Falle, wo der Arzt statt zu heilen absichtlich tötet, wo der Anwalt, statt seiner Partei zu dienen, der Gegenpartei hilft usw., von einem doppelten Unrecht. Und unser Rechtsgefühl ist damit sehr einverstanden, daß wir den Verrat als ein abscheuliches Delikt so scharf wie möglich strafen. Wer im öffentlichen Leben auf einen Vertrauensposten gestellt ist, darf das Vertrauen nicht brechen. Er darf aber auch nicht fahrlässig unterlassen, denn sein Amt, Beruf, Gewerbe legen ihm die Pflicht auf, immer die Augen in dem ihm anvertrauten Kreise offenzuhalten, der Beruf, der unzählige Pflichten ausstrahlt, macht ihn für die fahrlässige Unterlassung verantwortlich. Die Verantwortlichkeit wegen Rechtswidrigkeit ist vom Richter festzustellen, nicht die philosophische und stets zweifelhafte, wenn überhaupt gegebene „Verursachung".

Bei der Frage nach der Bestrafung der fahrlässigen Unterlassungen, welche von Leuten begangen werden, denen ein Amt, Beruf usw. nicht obliegt, kann es ebenfalls nur dann zur Strafe kommen, wenn eine übertretene Norm verantwortlich macht. Die Lehre von der „Verursachung" allein läßt in der Praxis hier uns völlig im Stich; wer einem Mitreisenden gelegentlich vorschlägt, mit ihm durch ein gefährliches Gebiet zu reisen, würde der ernstlich strafbar sein, wenn der Mitreisende bei einem Kampfe mit Banditen verwundet würde und daläge, und jener nicht das Leben daran setzt, ihn zu befreien, weil er „ihn in gefährliche Lage ge-

bracht“ hat, also „kausal“ geworden ist? Nein, dagegen spricht unser Rechtsgefühl, das hier uns nur eine Verletzung höchster Ethik fühlen läßt. Eine Verletzung rechtlicher Verantwortung fühlen wir nicht, denn es fehlt die verantwortlich machende Rechtsnorm. Wir haben die Strafgesetze als ein menschlich Werk gesetzt, und wir fühlen, daß wir nur da strafen dürfen, wo diese Gesetze verletzt sind, denn nur dann ist der Mitmensch verantwortlich vor dem Richter. Warum aber führt die rechtliche Verantwortung für etwas nicht Gewolltes, für ein Versehen, zur Zufügung eines Übels? Und wann ist diese Übelzufügung nach dem Gefühl des Strafenden wie des Bestraften „gerecht“? Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es einer Betrachtung allgemeiner Art.

Warum sitzen im Schöffensaal drei Menschen, die über einen vierten ein Übel verhängen, und warum vor allem beschwert sich dieser Vierte wohl über das Urteil, oder das Strafmaß, aber nie darüber, daß er überhaupt verurteilt wird? Weil wir, die Richtenden wie die Gerichteten, fühlen, Strafe muß sein, Strafe fordert das Recht. Warum aber bindet uns denn das Recht? Zu dieser letzten juristischen Frage, nicht zu einer Frage der Philosophie oder Ethik, führt uns nach meiner Ansicht die Frage nach dem Recht der Strafe. Warum ist das Recht und warum muß es sein? Ich habe diesen Satz in meinem größeren Werke: „Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen deutschen Reichsrechts (Duncker und Humblot, Leipzig 1900)“ beantwortet, indem ich mit der Gewohnheit aber auch mit der rein philosophischen Grundlage auf dem Rechtsgebiet völlig brach: Das Rechtsgefühl treibt den Menschen, Normen zu bilden und ihnen zu gehorchen. — Durch das Rechtsgefühl wird die in einem Kreise von Menschen als zweckmäßig und praktisch geübte Handlungsweise den Handelnden selbst unmittelbar, zwingend und ohne Nachdenken, zum bindenden Rechtssatz, und werden ferner in gleicher Unmittelbarkeit andere, zunächst nicht Übende, gezwungen, den Übenden nachzufühlen und die Übung als eine dann auch sie bindende Norm anzusehen. Dieser innere psychologische Zwang ist es, durch den man sich an das Recht (Übung wie

Gesetz) als etwas Unverletzliches gebunden fühlt, dieser Trieb, der Norm zu gehorchen. Die Moral schafft nicht Recht, hat keinen Einfluß auf die Geltung, sondern nur auf den Inhalt des Rechtssatzes. Ich kann hier bei dieser Absage an alle früheren Meinungen nicht auf Gesagtes eingehen und nur auf mein die Literatur umfassendes Buch verweisen.

Die Lehre von der Gewöhnung ist durch meine neue Lehre m. E. beseitigt; wer wollte auch der öden unbewußten Gewöhnung, die man sich lieber abgewöhnen sollte, die aber nie unser Innerstes zwingen kann, Wirkung dieser Art zuschreiben? Der klügelnde Verstand hat das einfache Gefühl übersehen, das ihm sagt, Recht muß sein. So übersieht auch der Verstand, der sich bemüht, das in dem Menschen Lebende erst zu erklären und zu stützen, daß er diese Erklärung bis zum letzten Grunde weder braucht noch geben kann, denn das Rechtsgefühl sagt: Strafe muß sein. Wie bei Verstößen gegen Mein und Dein usw. das Rechtsgefühl zur Wiedererlangung im Zivilrecht in Gesetz und Übung, und da wo das Rechtsgefühl alles zurzeit dem Gesetz übertragen hat, nur vom Gesetz Hilfe erwartet, und nur solange nicht in der Übung sondern nur im Gesetz Hilfe sucht und findet, so reagiert dasselbe Gefühl gegen die grobe Verletzung der Rechtsgüter, für die dem Gefühl kein Zivilurteil genügt, und überläßt es, viel zu kultiviert, um in der ungeselligen Einzelrache Erlaubtes zu fühlen, schon sehr bald dem Gesetzgeber allein, das Recht gegen die Verbrecher mit der Strafe zu schützen.

Das Recht hat nun, wie selbstverständlich, im Zivilrecht wie im Strafrecht dieselbe rein psychologische Grundlage, es wäre sonst auch gar nicht zu erklären, daß die Bestraften nur Unschuld behaupten oder die Höhe der Strafe anfechten, nie aber die Bestrafung selbst als solche bemängeln. — Einer Frage geht man zu furchtsam und vorsichtig aus dem Wege. Greifen denn nicht die Anarchisten jedes Recht und auch das Strafrecht an? Beginnen nicht jetzt schon in den Sitzungen in großen Städten Beschimpfungen der Richter darüber, daß sie strafen? Sicher! Der Anarchist lügt, er will nicht Rechtswesen sein, er gehört darum nicht in den Rechtsstaat, in keinen Staat, sondern durch ein internationales Straf-

recht in eine internationale Verbannung, sobald er irgendwie seine Gesinnung betätigt. Er hat mit keiner politischen Richtung etwas zu tun, denn er will nicht ein anderes Recht, sondern er will kein Recht. Lassen die Staaten, wie es geschieht, die Anarchie wachsen, lassen sie die Werte nicht etwa umwerten, sondern so vernichten, daß sie überhaupt als keine Werte mehr gelten, so dürfen sie sich nicht wundern, wenn das letzte Fundament des Menschenlebens, das Recht, gefährdet wird. Das Recht, den Anarchisten zu strafen, der fragt, was ihn das Recht angehe, der antwortet: nichts, habe ich in meinem genannten Werke psychologisch begründet; wer die einzige ursprüngliche Rücksichtnahme auf andere, die erweislich als Zwang in uns liegt (S. 9, S. 15ff. l.), verleugnet, hat kraft unseres Rechtsgefühls bei uns kein Bleiben. Dieses dort verlangte Anarchistengesetz wird kommen, so sicher, wie das Recht besteht. Aber es kann nur international sein, weil die Anarchie das Weltgefühl verletzt. — Das Recht zu strafen und die Ergebung, Strafe zu dulden (das wird nie betont!), ist Folge des rein menschlichen Rechtsgefühls; dieses läßt an das Verbrechen, dem kein Zivilrecht abhilft, die Strafe als Rechtsfolge knüpfen, und, was die Lehrbücher immer vergessen, sie vom Bestraften als solche hinnehmen. Was würden wohl alle Gesetze und Mauern helfen, wenn dies Gefühl nicht jeder, auch der Fehlende hätte? Und warum scheiterten bislang alle Theorien der Strafe? Weil sie die Brücke vom Strafenden zum Bestraften nicht gefunden haben, bislang nirgend. Vom zu Bestrafenden ist auszugehen; diesem gegenüber hat kein Mensch das Recht zu rächen, zu vergelten, ihn durch Zwang zu bessern, ihn durch Gewalt auszuschließen, wenn nicht das Recht dazu auch in ihm liegt. Dieses Gefühl empfindet beim Richter wie beim Gerichteten wohl die Strafe als Übel, nicht aber das Strafgesetz selbst. Dieses Gefühl ist überall vorhanden, wie jedes Rechtsgefühl, das eine ergänzt das andere, man kann und braucht den Menschen gegenüber gar nicht von der Notwendigkeit der Strafe an sich zu reden, ihr Gefühl gibt ihnen die Überzeugung: Strafe ist Recht. Psychologisch bedürfen wir nur des psychologischen Beweises bei der Be-

obachtung des normalen Menschen, unserer selbst, wie der Völker; der ist gegeben; anders aber als durch einen psychologischen Vorgang im Menschen ist kein Recht und keine Rechtsfolge zu erklären. Wie der Wandervogel nach Süden zieht, kraft des Art erhaltenden Triebes, so hat der Mensch das Recht und richtet den anderen, und der andere duldet es, um unbewußt, kraft angeborener Anlage, seine Art zu erhalten. Wie die Anlage entstand, habe ich hier nicht zu erforschen. Nur das eine sei hervorgehoben, so sehr auf den Inhalt der Normen die höheren ideellen, ethischen Werte den größten Einfluß haben, so fest ist die Kraft und das Band zu fundamentieren. Dieser Rechtstrieb wohnt in uns und erhält den homo sapiens und seine Art. Diese schlichten Worte werden vielleicht von einigen Seiten nicht ohne Angriff bleiben, mögen diese Gegner doch meine späteren Ansichten über den ethischen Inhalt der Normen lesen, die Recht sind, wie die rohen Gesetze der „Wilden“. Das Fundament der Strafaussprechung wie der Strafduldung, kurz die Rechtsgeltung liegt nur in dem, was „des Kaisers“ ist, in dem reinmenschlichen, vom Staat in Normen gefaßten Trieb. Die Normen selbst sind nicht mehr Fundament oder Band, sie sind aus der Rechtsübung wie der bewußten Ethik erwachsen, haben sich entwickelt, sie füllen aus, sie sind nicht der Befehl und der Gehorsam in ihrer Wirksamkeit, sondern der Inhalt beider, der ohne Wirkung ein Nichts wäre. Ich lehne für meine Ansicht sowohl Vergeltungstheorie, wie Zweckmäßigkeitstheorie ab, ich nenne sie die Theorie der psychologischen Tatsache, wenn sie einen Namen haben soll. Das rein psychologische Rechtsgefühl im Gesetzgeber wie in dem das Gesetz Befolgenden, im Strafenden wie im Bestraften, ist dieselbe Grundlage für alles Recht. Bei Seite zu lassen sind vom psychologischen Forscher alle anderen Fundamente für den Grundbau des Rechts. Keine Philosophie, die niemals bindet, keine Ethik, die auch nur eine geschichtliche, positive sein kann und die dem Fernestehenden zunächst fern bleibt, die auch nicht Ethik wäre, wenn sie Zwang wäre, ist das Fundament des Rechts: es ist nur das Gefühl in der Psyche, das unbestritten

ist und gar keines Beweises bedarf, das Rechtsgefühl; andernfalls wäre ja die Rechtswissenschaft ein Teil der Philosophie oder der Ethik, d. h. angewandte Philosophie oder angewandte Ethik, während doch jene beiden Wissenschaften Erkenntniswissenschaften sind, die ein äußerer Zwang geradezu vernichten würde.

Woher das Gefühl stammt, ob durch Vererbung oder Erziehung entwickelt, ist ganz gleichgültig, es ist auf jeden Fall heut menschlich.

Es ist selbstverständlich, daß das, was ich hier in Kürze sage, sein Fundament in einem Werke von dem Umfang meines Gewohnheitsrechts erhalten müßte; es soll hier nur einiges angedeutet werden, um die Ansicht bei der bevorstehenden „Reform des Strarrechts“ zur Wirkung zu bringen. Die Schule vergißt, daß ihre reine Sicherungs- oder Schutzstrafe nur von der Mehrzahl der sogenannten Guten und Ungefährlichen gestützt werden könnte (ja wer sind denn diese), und jeden Moment in Frage gestellt werden würde, ja sicher schon in Frage gestellt wäre, wenn nicht auch im Verbrecher rein psychologisch das Gefühl vorhanden wäre: Strafe muß sein!

Es bedarf das Strafrecht der Stütze einer Philosophie nicht; ich sage „einer“, denn es gibt keine allgemein anerkannte Philosophie. Die neuerdings von Stammler l. c. S. 303 f. aufgestellte Strafrechtstheorie, die das Wesen der Strafe in der Berichtigung des geschehenen Rechtsbruchs sucht, kann ich niemals zustimmen. Was wird denn berichtigt? Auch fehlt das Band zwischen Richter und Verbrecher, der letztere weiß nicht, wie er zu dieser Berichtigung kommt und wie ein Übel berichtigt, welches das Übel auf der Welt ja nicht berichtigt, sondern vermehrt. — Das Band zwischen Richter und Bestraften, das existiert, das war endlich bloß zu legen! Diese Aufgabe sei Aufgabe unserer Zeit.

Die Frage nach der sogenannten Freiheit des Willens fällt hier auch als Vorfrage fort, soweit sie nicht Frage nach Krankheit des Willens ist etc. Einer der modernen Philosophen, der mit Recht zu allererst Psycholog ist, Wundt, meint, äußere und innere Motive (der Charakter) bestimmen

den Willen. Er nennt die Kausalität des Charakters das Merkmal der sittlichen Verantwortlichkeit. Ethisch frei handelt der Mensch, wenn er der inneren Kausalität folgt, die teils durch ursprüngliche Anlagen teils durch Entwicklung seinen Charakter bestimmt. Wenn ein Mensch den augenblicklichen Motiven gegenüber nicht durch diese innere Kausalität seiner gesamten geistigen Vergangenheit interminiert wird, handelt er nicht frei, sondern ist ein Spielball der Triebe, der durch die jeweiligen im Bewußtsein anzutreffenden Motive erregt wird. Die Objekte des sittlichen Willens sind die öffentliche Wohlfahrt und der allgemeine Fortschritt, die Zukunft der sozialen Gemeinschaft. — Zum Rechtsgefühl bedarf es nicht dieser feinen Erkenntnis, sondern lediglich des Gefühls der Verantwortlichkeit! Ob einer aus dem Charakter heraus oder wie ein Spielball darauf los handelt, ist für die Strafe gleich, kann nur das Strafmaß berühren! Wird ein Mensch in die elendeste Verbrecherspelunke hineingeboren und von Verbrechern erzogen, so werden wir ihn milder strafen und womöglich seinem Kreise entziehen; aber für strafrechtlich verantwortlich halten wir ihn, wie er sich selber dafür hält. Er müßte denn willenskrank sein. Es ist von der Erkenntnis aus auch nicht in das Reich des Gefühls zu dringen; wenn unsere körperlichen und geistigen Sinne sich steigerten, würden wir mehr wissen, aber nicht anders fühlen. Es ist nicht nur, wie Kant meint, die mangelhafte Natur unserer Erkenntnis daran schuld, daß wir uns jetzt Unerkennbares nicht erkennen und beweisen können. Verstand und Gefühl sind ebenso getrennt, wie die Gefühlsnerven im Menschen eigene sind. Das, was wir draußen fühlen, um einmal auf rein sinnlichem Gebiete zu bleiben, erkennt der Verstand nie, er spricht von einem unerkennbaren Ding an sich, ebenso steht die Sache auf dem nicht sinnlichen Gebiete des Gefühls; Recht fühlt der Wilde, Liebe fühlt ein Kind; und kein weiser Intellekt kann sagen, was beide Gefühle bedeuten. Darum hatten die nicht von der Psychologie ausgehenden, nur mit dem materiellen Recht beschäftigten Lehrbücher ja Recht, wenn sie das Band des Rechts ignorieren, die Frage ist nur die, ob sie nicht mit dem psychologi-

schen Begriff besser beginnen sollten, statt dem Schüler nie zu sagen, was er treibt, bis er an des Mephistopheles zynische Definition vom Recht glaubt, der den Egoismus, der mit ihm natürlich geboren ist, an die Stelle setzen möchte. Es spricht nicht für das Goetheverständnis unserer Zeit, diese Teufelsansicht ernst zu nehmen, wie es geschieht. Mephistopheles will die Menschen zur „Verachtung von Vernunft und Wissenschaft" führen, um sie „unbedingt zu haben", er, die Negation, die faul Negierenden. Die Herren, die diese Stelle als Meinung Goethes ansehen, gleichen dem Schüler, der diese Teufelsverhöhnungen anstaunt, ohne ihre Ironie zu verstehen.

Mit Recht sagt Mäterlinck, dem ich sonst fern stehe, im versunkenen Tempel Seite 33 ff.: „Unser ganzer menschlicher Organismus ist dazu gemacht, in der Gerechtigkeit zu leben. Alle unsere Fähigkeiten laufen in viel sicherem Sinne auf ihr, als auf den Gesetzen der Schwerkraft, der Wärme, oder des Lichts, und wenn man sie in Ungerechtigkeit taucht, taucht man sie wirklich ins Unbekannte und Feindliche. Alles in uns ist auf Gerechtigkeit hin geordnet." In der Tat, wer sich in irgend einer Weise psychologisch mit dem Menschen beschäftigt, dem kann diese Wahrheit nicht entgehen. Die Geschichte kann nur sagen, daß Recht „immer da war", ohne von seiner „Entstehung" etwas zu wissen, denn sie dringt geschichtlich nicht bis dahin vor. Einer meiner Kritiker meint: „die Urwüchsigkeit des Rechts sagt uns noch nichts über die Art der Entstehung". Ich meine doch, denn den Trieb fühlen wir, also wissen wir, daß hier aus dem Intellekt gar nichts, aus dem angeborenen, arterhaltenden Rechtsgefühl alles zu folgern ist. Wie das Recht in den Menschen kam, ist hier nicht zu erörtern, denn ich habe hier nicht die Frage zu lösen, wie der Mensch ward. Mit dem Menschen ist das zoon politicon, das „Rechtswesen" gegeben; das Recht unterscheidet ihn, so wie er heut ist, unter anderem von den anderen Wesen der Erde.

Während das Rechtsgefühl im Zivilrecht eine Ausgleichung des Unrechts unter den Privaten verlangt, ist die Gefühlsreaktion im Strafrecht eine stärkere, Strafender und Gestrafter fühlen, daß auf die grobe Verletzung Strafe folgen

muß. Damit ist ein je mehr, desto mehr in sofern gegeben, als die Verletzung mehr geschätzter Güter eine stärkere Reaktion hervorruft, die der Strafende wie der Gestrafte als „Gerechtigkeit“ fühlt. Das rein psychologische Rechtsgefühl, der beweisbar und in jedem gefühlte psychologische Vorgang, gibt das „Recht zu strafen“, und läßt Strafe erdulden; nur auf den Inhalt der Norm selbst haben Ethik und Weltanschauung größten Einfluß. Auf den Inhalt der Norm selbst, nicht auf den Zwang des Gehorsams, werden die „neuen Horizonte“ im Strafrecht einwirken. Und für ihre Arbeit werden wir ihnen Dank wissen. Der letzte Grund der Strafe ist eben nicht vom Willen, vom Verstande, nicht von einer verständigen Sicherung zu geben, die sich eine solche über die „Bösen“ anmaßt, zu der der Mensch ohne weiteres „kein Recht“ hätte, sondern vom Rechtsgefühl. Es fehlte bislang im Gewohnheitsrecht die Brücke zwischen Gewöhnten und nicht Gewöhnten — sie gab mir das Rechtsgefühl: Nun, die Brücke zwischen Strafenden und Duldenden ist dasselbe Rechtsgefühl, dasselbe, das auch im Völkerrecht uns durchzittert, wenn wir andere Völker durch England „zu Unrecht“ leiden sehen, oder eine Macht überhaupt das Recht negiert; das überall das Recht fundamentiert, das Fundament des Erdenlebens der Menschheit. Es hat einer meiner freundlichen Kritiker meiner Gewohnheitsrechtslehre gemeint, das Gefühl könne als rein innerlich bleibendes kein Zwangsgebot des Rechts hervorrufen, das könne nur der in der Übung objektivierte Volkswille. Ich vermag einen ungeäußerten Rechtswillen nach Hegels Sinn nicht mehr anzuerkennen, und finde in der Betonung des Rechtsgefühls den einzigen Weg, der heut trotz aller gewaltigen Skepsis unserer neuen Tage zum Ziel führt. Vielleicht ist es nicht zufällig, daß auch in der Ethik, trotz aller Kultur und allem Verstand und Willen, doch das Fundament ein Gefühl bleibt: die Liebe in ihrer größten Bedeutung. Und vielleicht löst eine lang ersehnte neue große Philosophie des Gefühls einmal herrschende Weltanschauungen ab. Die Willensnerven beachten wir immer, den Gefühlsnerven schenken wir nur Beachtung in Lust oder im Schmerz, obwohl sie unser

Dasein viel tiefer und im Leben eher gründen, als jene. So ist es auch annoch mit der wissenschaftlichen Behandlung des Gefühls im Recht bestellt, obwohl die Psychologie doch so schnell vorwärts schreitet. Neue Erfolge geben uns heut nur diese Bahnen, die noch ganz unbegangen sind, unerstiegene Gipfel. Wenn Stier-Somlo in seiner tief eindringenden Kritik meines Lebenswerkes im juristischen Literaturblatt (148 B. XV Nr. 8) zuletzt doch Zitelmann das letzte Wort gibt, so erhellt, daß Zitelmann, dieser skeptische große Vertreter der Intellekttheorie, von ihr im Grunde mit einem negativen Resultat scheidet, er gerade betont die „unüberbrückbare Kluft“.

Das Rechtsgefühl bedarf einer weiteren Begründung, als der beweisbaren psychologischen, nicht, es ist in der Kulturwelt überall da, war vielleicht immer mit der Mehrheit da; während in der Ethik die Forderung der Menschenliebe etc. Sache erst der Erziehung durch andere, einzelne ist. Es bedarf nicht des Kampfes zweier Weltanschauungen, wie Professor Dr. Birkmeyer (Gedanke zur bevorstehenden Reform der deutschen Strafgesetzgebung 1901) meint, und der von ihm zitierte Satz Kants, „wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben“ ist insofern unpraktisch, als das Rechtsgefühl mit dem Menschen psychologisch bleibt; das Strafrecht und vor allem die Strafduldung, an die viele so wenig denken wie sie an die Nichtübenden bei der Gewohnheit gedacht haben, ruht in unserer Psyche selbst.

Auf die Ausführung, auf Strafhöhe und Strafart, haben andere Mächte, haben die Forderungen der neuen Schule vollen Einfluß. Was heißt denn Vergeltung? Sind 5 oder 4 Jahre „gerecht“? Sind 10 oder 20 Mark gerecht, oder ist es gerecht daß die 10 Mark der Reiche zahlt, der Arme mit Freiheit büßt? Vergeltung fühlt der sittlich erzogene Geist infolge seiner Erziehung durch Ethik etc. — in sich, das ist allein Vergeltung, die zur Reue wird. Die Reaktion der anderen Menschen und das Strafgefühl der eigenen Seele gegen eine rechtverletzende Tat ist zunächst ein notwendiger rechtspsychologischer Vorgang, der im Verbrecher Widerhall findet, der nur gegen die

Schuld, nie gegen die Strafe an sich sich wehrt. Wohl wächst die Reaktion mit der Höhe des verletzten Gutes, vielleicht bleibt auf dem Mord Todesstrafe bestehen, doch fehlt ihr im Grunde das Maß, die Vergeltung mit gleichem ist immer Illusion, die Haft raubt keinem dasselbe. Darum nimmt eine vorgeschrittene Zeit neben der Schätzung des verletzten Guts auf den Verbrecher und seine Erziehung, seine Umgebung, sein Vorleben, wie auf Sicherung und Prävention und Besserung vollste Rücksicht. Insofern ist meine Theorie eine Vereinigungstheorie. Ganz auszulassen ist der Gedanke an eine Rache; wie kommt der Bestrafte dazu etwas an sich gegen seinen Willen rächen zu lassen, und sich nicht zu wehren? Auch kann der „Rachetrieb als eine Äußerung des Selbsterhaltungstriebs die Strafe nur erklären, wenn nicht rechtfertigen“, wie von Liszt mit Recht sagt (§ 16 Anm. 7); der von Birkmeyer l. c. genannten Rache entspricht kein Gefühl derer, an denen sie vollzogen wird, es fehlt am Rechtsband, die Rächenden haben die Macht, solange sie in der Mehrzahl sind, und haben niemals ein Recht. Rache ist brutale, rechtlose Gewalt.

Für mein spezielles Thema waren diese Andeutungen einer neuen Anschauung nötig, weil daraus, daß ich den Zwang zu strafen und Strafe zu dulden auf den rein psychologischen Rechtstrieb und nichts Transzendentales gründe, folgt, daß es dem Rechte nicht zustehe, etwa allgemeine, von der Ethik diktierte Normen zu erlassen wie: du sollst deinen Nächsten lieben, du sollst nicht Ursache eines Todes werden, und Ursache im weitesten Sinne kann schon der Gedanke als Versuch sein, sondern, daß das Recht nur stets sagen kann „wenn du das und das gegen mein spezielles Gebot tust oder unterläßt, so strafe ich so und so“. Diese Gebote schaffen wir uns selbst; die allgemeinen Imperative einer Ethik kann niemand überschauen, aber auch kein Mensch erfüllen. Der Mensch, der den Verwundeten aus Egoismus liegen läßt, ist unsittlich, wie es der ist, der einem den Tod wünscht; wenn aber eine Mutter ihr Kind verhungern läßt, so fühlen wir das Unrecht, nicht weil sie Ursache des Todes würde, — das

wurde jener Unbarmherzige ethisch auch — sondern weil sie Mutter ist und Rechtspflichten gegen ihr Kind hat.

Darauf wollte ich hinaus. Und hieran knüpfe ich meine Untersuchung an; das Vorangegangene zeigt uns, daß Rechtswidrigkeit, nicht ethische oder philosophische Ursache hier im Vordergrund steht, weshalb hier auch die Frage nach dem „freien Willen“ ganz irrelevant ist. Wenn wir uns irgendwie schuldhaft in Rechtswidrigkeit setzen, verlangt das Rechtsgefühl neben unserer eigenen inneren Zustimmung beim Zivilrecht Befolgung und Ersatz, beim kriminellen Unrecht Strafe; ohne Normverletzung sind wir weder zur Befolgung und Ersatz noch sind Richter zum Strafen verpflichtet. Die großen Befehle „du sollst nicht töten“ usw. sind rein ethische, und stehen niemals hinter unseren Rechtsgesetzen als Normen. Erstere allein sind die Normen selbst. Mag man übrigens über dies Strafmaß und die Strafart noch so viel festlegen, das Strafrecht ist ein individuelles Recht von Fall zu Fall und dieses Strafmaß bestimmen auch nach einer letzten noch so eingehenden, individualisierenden Strafrechtsreform im Grunde Männer im Königsgewande, die deutschen Richter. Der Richter steht neben dem Herrscher, den die äußere Macht schützt, als der gewaltige Schützer des Rechts.

Mit Unrecht wird dem Strafrecht hier und da noch zu wenig Berücksichtigung in der Praxis geschenkt, mit Unrecht noch häufig die Strafkammer in unseren großen Hauptstädten überlastet, mit Unrecht seitens der Staatsanwaltschaft wie der Verteidigung zu wenig über die Höhe des Strafmaßes plädiert. Es ist zunächst Aufgabe der nicht hoch genug einzuschätzenden Initiativbehörde, der Staatsanwaltschaft, die Initiative zu einer schärferen Unterscheidung der Strafmaße zu geben, damit sich hier eine gesunde Praxis bilde, noch ehe das neue Recht neue Wege bahnt. Es ist nicht zu verkennen, daß teilweise diese Anregungen schon gegeben und nicht die Strafhöhen „dem Gericht überlassen“ werden. Anträge und Gegenanträge führen zu Beratungen und besonderen Erwägungen bei normalen Verhältnissen, die ich voraussetze. —

Ein Tag Unfreiheit wiegt oft schwerer, als ein verlorener Prozeß, für den drei Instanzen allen Scharfsinn aufwenden, oder sicher ebensoviel in Fällen, wo der Angeklagte ein abirrender, kein rechtverspottender Delinquent ist.

Bei allen Abwägungen der Forschungen der Theorie behalten sie, die Richter, allein die Macht der Anwendung unserer Resultate, an sie wendet sich jede wissenschaftliche Schrift des Strafrechts, soweit sie nicht rein geschichtlich ist, an erster Stelle und die vorliegende zumeist, da sie sich mit einem geringen und oft doch so folgenschweren Versehen der Menschen beschäftigt. Die Bestrafung der Unterlassungen stellt an ein gerechtes Urteil die schwersten Aufgaben, und doch kann ein Fehler, der hier geschieht, leicht den Unschuldigsten treffen. Das diffizilste Gebiet der Rechtsordnung liegt hier an der Rechtsgrenze; die Fahrlässigkeit strebt dieser Grenze zu, fahrlässige Unterlassung liegt an der Grenzscheide selbst.

Für die Strafe der Unterlassung wiederum wie früher Rechtswidrigkeit, Verantwortung wegen spezieller Normüberschreitung in den Vordergrund zu stellen, das ist einer der Zwecke dieser Arbeit.

Ich will das, was ich über Kausalzusammenhang früher gegeben habe, hier nicht wiederholen, aber ich will zur Unterstützung meiner Ansichten, die überall so auch hier das Recht auf psychologische und nicht auf philosophische Grundlage stellen, doch einen kurzen, neueren Aufsatz von Kuhlenbeck in der juristischen Wochenschrift (vom 16. Mai 1902 S. 237) nennen: „Der juristische Ursachenbegriff ist niemals rein objektiv, sondern stets relativ und vom Schuldbegriff subjektiv geleitet."

Ich stelle mit von Liszt überhaupt keine reine Ursache mehr auf (Deliktsobligationen S. 68), sondern stelle Ursache und Bedingung gleich. Ursache ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Eintritt des eingetretenen Erfolges entfallen müßte, verursachen ist gleich veranlassen. Dieser Ursachenbegriff ist nie objektiv, sondern vom Schuldbegriff stets subjektiv geleitet, d. h. er führt zum Urteil nur durch das Verantwortlichkeitsgefühl dem ge-

gebenen Recht gegenüber, das der Richter besitzt und das der Verurteilte innerlich ebenso besitzt, falls die Grundlagen des Urteils zutreffen. Damit ist der Ring geschlossen, der auch die Unterlassungsdelikte umfaßt. Wir fragen hier nicht, bist du Ursache von, sondern: bist du schuld an? [1])

Wohl ist die Voraussetzung der Unterlassungsstrafe der Umstand, daß durch das dem Täter gebotene und doch unterlassene Tun der Erfolg verhindert worden wäre, aber dieses rein negative Verhalten hat mit der Kausalität nichts mehr zu tun, weil es keine Körperbewegung voraussetzt, die draußen Bedingungen schafft. Ruhen ist nicht Schaffen! Daher bleibt nur die Frage: ist die Unterlassung rechtswidrig? Und das heißt nur einzig und allein: War im Recht ein Tun geboten? Jedes Recht der reinen Kausalitätstheorie fällt weg.

Eine besondere Beachtung verdient Stammler in seinem Werke: „Die Lehre vom richtigen Recht" (Berlin 1902). Die Grundfrage meiner beiden Werke liegt ihm fern, er setzt das Problem bei Seite „Was unter dem Gelten einer rechtlichen Norm zu verstehen ist?" Er nimmt meine Frage nicht auf, ob sich der Zwangsanspruch des Rechtsbehelfs als solcher begründen läßt? Seine Nachforschung über die Richtigkeit eines Rechts gilt nur dem Inhalte. Die Fragen sind aber m. E. nicht stets zu trennen, das Rechtsgefühl ist oft national. Vieles wird es stets nur national und nie nach einer irgend gegebenen Ethik ordnen, ich nenne nur das deutsche Eherecht. (S. 21.) Dagegen ist Stammlers Buch für die Einzelfrage zu prüfen, weil es die Unterlassung berührt. Es ist für den Gesetzgeber nach Stammler richtig, daß „die Einheit des methodischen Abwägens von Einzelzwecken nach einem Endzweck der Gemeinschaft" die Idee des richtigen Rechts ist (S. 197), „das soziale Ideal ist die Gemeinschaft frei wollender Menschen". Man kann den Inhalt einer Norm nach Stammler richtig nennen, wenn er in seiner besonderen Lage dem Gedanken des sozialen Ideals entspricht.

Es ist sicher, daß vorerst Stammler die „sittliche Pflicht",

---

[1]) Ich möchte hier nicht von einer rein terminologischen Streitfrage sprechen, die Frage ist logisch streitig. A. M. von Liszt § 31 Anm. III am Ende.

das völlige Neue in unserem Gesetzbuche, gewürdigt hat, indem er in ihr die Befolgung des Grundsatzes der Teilnahme sieht (45), da der Nächste sonst ohne diese sich selbst überlassen bliebe und man sich nicht selbst von der Gemeinschaft der Menschen loslösen könne.

Zu diesem Eingehen und praktischen Prüfen wählt Stammler ein Rechtsverhältnis, das ich seinerzeit zuerst (das negotium utiliter gestum 1878) mit anderen Instituten herausgeschält, und zu den „positiven Instituten" gerechnet habe, die ich vom Vertragsrecht abtrennte und besonders behandelte. Ich habe bereits 1882 in „das Grundprinzip der negotiorum gestio und das Recht der positiven Institute (Berlin, Puttkamer & Mühlbach)" S. 41 auseinandergesetzt, daß die „positiven Institute" nicht auf dem Einzelwillen, sondern unmittelbar auf dem positiven Rechte ruhen, und daß sie die Billigkeit schafft, „die triftigen Gründe des Gemeinwohls, der ausgleichenden Gerechtigkeit, der Nächstenliebe, der Humanität." „In diesen Gründen liegt für jedes einzelne positive Institut sein Grundprinzip;" § 8 S. 46 habe ich die ungerechtfertigte Bereicherung vorangestellt; behandelt habe ich selbst nur die negotiorum gestio, deren Institut jetzt so ausgiebig im BGB. ausgebaut ist. Wenn das Gesetz bei der negotiorum gestio das Grundprinzip nennt (utilitas absentium: Interesse aller, daß jemand überhaupt eintritt, utilitas absentis: Interesse der einzelnen, daß er so handelt, wie der Vertreter wohl gehandelt haben würde), so ist es klar, daß auch die Bereicherung eines Grundprinzips des positiven Instituts bedarf. Es fehlt aber hier die Angabe des Grundprinzips im Gesetz, wie sie z. B. beim negotium utiliter gestum gegeben ist, es fehlt hier im Gesetz die Nennung des Prinzips, welches, um mit Stammler zu reden, „das technisch geformte Recht" ersetzt. Stammler fügt daher hier sein allgemeines Prinzip ein, und meint, daß der Grundgedanke alles Rechts, ein richtiges Zusammenleben zu erwirken, hier walte (Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem BGB. 1902.) Diese Ausführung ist sehr beachtlich und völlig wahr. Ist nun aber im Strafrecht jemand, der gegen „die guten Sitten" des § 826 BGB. verstößt, strafbar? Wie steht es hier? Spricht nicht die erden-

schwere, sehr unvollkommene Strafe gegen jede Verbindung mit einem so allgemeinen ethischen Begriff, der Freiheit will?

Können wir mit dieser ganz allgemein und von guten Sitten sprechenden Norm, die diese Sitten nicht nennt, hantieren wie mit der Übertretung eines bestimmten Polizeigesetzes? Wenn jemand gegen ein Polizeiverbot nicht die Hausflur erhellt, und ein dritter stürzt dort in den offenen Keller, so ist jener durch Unterlassung strafbar. Das Reichsgericht ist heute von seiner alten Annahme abgegangen, und sieht die Pflicht, das Haus zu erhellen, als Folge des Eigentums, als öffentlich-rechtliche Folge an; m. E. mit Unrecht, denn diese ist nirgends normiert. Unterläßt einer sich nach „den guten Sitten“ zu richten, — kann dadurch der Tatbestand eines Delikts heute erfüllt werden? Und wenn nicht, warum nicht? Ich verneine, denn die Verletzung der guten Sitten gibt dem Strafrecht nicht die positive Rechtsnorm, die nötig ist, wenn wir den Menschen strafen wollen; es gibt keine Aufzählung der guten Sitten; der strafrechtliche Tatbestand kann im Urteil hier nicht gegeben werden. Meine Theorie verlangt Rechtswidrigkeit, Verantwortung wegen spezieller Normüberschreitung. Ich verweise dabei auf von Liszt „Die Deliktsobligationen im System des BGB.“ S. 42 ff; 72 ff. Es wird niemals eine Straffolge eintreten können ohne Spezialgesetz. Ich bringe dafür den strikten Beweis aus der Gegenwart. Den der Sittlichkeit auch entnommenen allgemeinen Begriff von „Treu und Glauben“ können wir in seiner Verletzung niemals ohne weiteres bestrafen.

Stammler gibt selbst zu, daß durch die privatrechtliche Anerkennung dieser Verpflichtung des richtigen Rechts vielleicht die hier allein interessierende strafrechtliche Frage „eine Verschiebung“ erleide; es müsse eben das Strafrecht dann milder werden. Man müsse im Zivilrecht das richtige Recht schützen, die unrichtigen Strafandrohungen aber ändern. — Dies gibt denn doch zu denken. Auch milde Strafen sind Strafen, und der mild Bestrafte ist doch vorbestraft und bescholten! —

§ 2.

Die Verantwortlichkeit für die fahrlässige Unterlassung im allgemeinen.

Es ist eine unbestreitbare Wahrheit, daß der Gesetzgeber heute allein das Strafrecht setzt, und daß der Richter heute nur da strafen darf, wo er sich auf ein Strafgesetz berufen kann.

Es können Unterlassungen in der dem positiven Strafrecht allein möglichen Form des Fallrechts verboten werden, welche formuliert: „gesetzt den Fall, daß einer das und das unterläßt, so wird er so und so bestraft.“ Es kann aber niemals im Recht, wie etwa im ethischen Dekalog, allgemein heißen: du sollst nicht Tötung verursachen, also auch nichts im Leben unterlassen, was diesen Begriff für uns herbeiführen könnte; sollst immer ein barmherziger Samariter sein; denn ein derartiger Rechtszwang, der sich mit der Ethik decken würde, wäre einmal unerträglich, würde das Ethische durch den Zwang vernichten, wäre aber auch nicht beurteilbar, wenn wir nicht wieder den nur durch uns erst geschaffenen, menschlich-willkürlichen Begriff „Ursache“ willkürlich einschränken wollten. Bindings Normen sind hier eben so irrig, wie metaphysische Ansichten über die m. E. an sich nie nachzuweisende Einzelursache, die im Menschenrecht, in der Fall zu Fall auf menschliche Verantwortlichkeit hin prüfenden Justiz, keinen Raum haben; denn auch der Urheber der sogenannten Mitursache ist unter Umständen verantwortlich, oder allein verantwortlich. — Das Unterlassen ist willkürliche Nichthinderung des Erfolgs; während beim Tun der Erfolg ohne den menschlichen Eingriff, d. h. die Willensbewegung auf die motorischen Nerven, nicht eingetreten, d. h. nach unserem Ausdruck nicht verursacht wäre, verhält sich hier der Täter, obwohl er durch die motorischen Nerven den Erfolg hätte hindern können, rein passiv; durch diese Passivität ist der Erfolg nicht vom Menschen gehindert; er ist niemals verursacht; aus nichts wird nichts. Nur das Geschehenlassen ist hier nach unserem

Wort „verursachend“. Der Strom, der den Schwimmer ertränkt; das Eingeschlossenbleiben, das Türen und Wände dem Eingesperrten entgegensetzt, vor allem die ewigen Vorgänge, das ewige Geschehen im organischen Körper des Menschen, das sind die „Ursachen“.

Eins steht fest: Nur für Rechtswidriges, wider das gegebene Recht Verstoßendes, können wir bestraft werden. Strafe ohne Rechtsgrund wäre Willkür. Nur für eine rechtswidrige Unterlassung sind wir verantwortlich. Nur Verletzung einer Vorschrift eines Gesetzes, sei es des Strafgesetzes oder eines anderen Gesetzes oder Rechtsinstituts (Amt, Vertrag, Familienrecht, Vormundschaftsrecht usw.) macht verantwortlich; ohne Rechtsverletzung gibt es keine Rechtswidrigkeit und keine Verantwortung. Eine sonstige allgemeine Norm steht nirgends geschrieben, und kein Richter darf nicht Geltendes zitieren. Es gibt keine Norm hinter den Gesetzesnormen des Körperschutzes: du sollst nicht töten, d. h. nicht Ursache eines Todes werden, es gibt daher keine Norm, obwohl diese gerade einige noch heute behaupten: „du sollst nicht unterlassen, wenn du ohne jede Übertretung eines Gesetzes eine Gefahr herbeigeführt hast, diese zu beseitigen, d. h. du darfst nicht kausal werden.“ Es gibt nur einzelne Vorschriften im Zivilrecht usw. und Strafrecht, die uns binden; sonst sind wir nicht rechtlich verantwortlich. Die Rechtswidrigkeit verlangt Handeln gegen ein ausgesprochenes Recht, sei es aus welchem Gebiet es wolle. Denn alles das, aber auch nur das, ist dem Recht zuwider.

Die willkürliche Verursachung des Erfolges beim Tun, die von Liszt Veranlassung nennt, nannte das frühere Preußische Strafgesetzbuch bei der Körperverletzung „Herbeiführung“, bis man beim RStGB. den gewöhnlichen Sprachgebrauch „Verursachung“ wählte. Es ist mit Liszt zu sagen, daß Tun Verursachung des Erfolges durch willkürliche Körperbewegung ist. Die Körperbewegung und der Erfolg müssen zueinander in dem Verhältnisse von Ursache und Wirkung stehen. Als man das „Wort“ verursachen, statt herbeiführen in § 230 anwandte, wollte man das auch ausdrücken, und betonte, daß ja die Mitursache sonst ausgeschlossen sei. (Goldammer 38

S. 354 f.). Liszt sagt mit Recht: „Die sämtlichen Bedingungen des Erfolgs sind gleichwertig“. Warum ist das wohl der Fall? Weil der Mensch kein Stein ist, der verursacht. Stürzt ein Felsen vom Berg auf ein Haus und wirft es zusammen, so verursacht er nach unserem Sprachgebrauch seine Zerstörung, wenn auch die ihn stoßenden Felsen und die ganze Existenz der Welt sie auch mit verursacht hat. Ein Todkranker liegt am Wege, der sich nicht rühren kann, ein Unmensch verwundet ihn; ein Gesunder hätte in die Stadt eilen können oder selbst verbinden können; hier stirbt der Verwundete zuletzt mit infolge der Krankheit, aber der Mörder haftet. Die anderen „Bedingungen“ existieren für uns als strafrechtliche nicht. Wenn im einzelnen Falle der Mensch eine Bedingung setzt, die ihn nach diesem Gesetz vor dem frei erwägenden Richter verantwortlich macht, so nennen wir das „Ursache“ des Delikts. Philosophisch kann von Ursache gar keine Rede sein. Nach dem philosophischen Verstande fließt alles da draußen außer uns, unser freier Wille ist ungewiß. Nach der christlichen Moral haften wir gar schon für Gedanken. Im Menschenrechte, für das Leben des Verkehrs, sind wir nur soweit verantwortlich, als wir gegen das von uns selbst gesetzte Recht verstoßen und nach unserem Rechtsgefühl verantwortlich erscheinen.

Verlangt also das Tun die Übertretung eines gegebenen Gesetzes, wenn es strafbar sein soll, so auch die Unterlassung. Die Nichthinderung eines Erfolgs ist nun niemals kausal, aus nichts wird nichts, sondern immer nur rechtswidrig. Wir dürfen daher nicht fragen: Wann steht die Nichthinderung des Erfolgs der Verursachung des Erfolgs gleich, denn Nichtursache und Ursache haben nie das Geringste miteinander zu tun und dürfen auch nie nur nebeneinander gestellt werden.

Es bleibt bei der einen Frage: Wann ist das Unterlassen rechtswidrig? Denn wenn die Kausalität hier keine Rolle spielt, so auch nicht der von v. Liszt vertretene Satz: „tue nichts, was späteres Nichttun als pflichtwidrig erscheinen läßt, führe keine Gefahr herbei; wenn du es aber tust, tritt den rechtswidrigen Folgen entgegen.“ Das Recht muß stets spezifizieren und im Gesetz sagen: wenn du das und das tust

oder unterläßt, so bist du haftbar oder strafbar; denn es darf den Menschen nicht mit diesen unbegrenzten ethischen Forderungen binden. Dagegen ist die Unterlassung rechtswidrig, wenn jenes Tun nach dem Gesetze rechtswidrig war, und man es nun zum weiteren rechtswidrigen Erfolge wirken läßt, wenn man geschehen läßt, daß das Weitergeschehen gegen ein Strafgesetz verstößt; denn dafür macht uns das Gesetz verantwortlich, das den irgend verschuldeten Erfolg bestraft. Hier sei gesagt, daß Liszt Fahrlässigkeit die Nichtvoraussicht des voraussehbaren Erfolges ist, fahrlässige Handlung die Verursachung oder Nichthinderung eines nicht vorausgesehenen, aber voraussehbaren Erfolges durch vorgenommene oder unterlassene, willkürliche Körperbewegung ist (S. 162). — Indem sie Unterlassung ist, beruht sie auf einem speziellen Gebote, den Verstand im gegebenen Falle anzuspornen, zu erkennen, sich umzusehen, aufzupassen, alle Kräfte anzustrengen; sie ist eine Verstandesschuld, kein Willensfehler. Tatumstände, die der Täter nicht kannte, können bei fahrlässigen Delikten insofern nicht zugerechnet werden, als die Unkenntnis selbst nicht auf Fahrlässigkeit ruht; § 59, 2. Der von meinen Gegnern betonte klassische Reichgerichtsfall (B. 24 S. 339), bei dem jemand den anderen, ohne es zu wissen, einschließt, und dann als er es erfahren, absichtlich geschehen läßt, und ihn der Freiheit beraubt, ohne zuerst es zu wollen, wird da, wo unser Gefühl eine strafrechtliche Sühne verlangt, immer gegen ein Gesetz verstoßen, die Einschließung wird eine widerrechtliche sein. Schließt jemand einen anderen fahrlässig ein, wird ihm dann gesagt, daß er jemand eingeschlossen habe, und er vergißt fahrlässig, weil er zerstreut ist, oder Wichtiges zu tun hat, zu öffnen, so ist er nach § 239 StGB. überhaupt nicht strafbar, weil eine fahrlässige Freiheitsberaubung nicht bestraft wird.

Die schwere Freiheitsberaubung über eine Woche kann nur vorsätzlich begangen werden. Leider und m. E. unter Unterschätzung der körperlichen Güter! Gegen den sonstigen Schaden fahrlässigen Handelns bei der Freiheitsberaubung schützt das Zivilgesetzbuch, auch wer fahrlässig einen anderen noch so kurze Zeit einschließt, haftet für den Freiheitsschaden

wenn z. B. jemand fahrlässig eine Schneiderin in seiner Wohnung eingeschlossen hat, wird er bezahlen müssen, was diese versäumt hat usw. Hier wie beim Strafrecht, wird nur ganz momentane Hinderung der freien Bewegung nicht genügen, hier wie beim Strafrecht muß die Aufhebung der persönlichen Freiheit eine vollständige sein. Wenn jemand im Zivilrecht nach § 254 Mitschuld trägt, sich eingeschlichen hat, nichts zur Befreiung getan hat, so ist die Verantwortung so gut ausgeschlossen, wie beim Strafrecht in dem Fall, wo jemend eine Beschränkung erfährt, die er ohne Schwierigkeit überwinden kann, indem er z. B. einen Riegel zurückschiebt usw.

Man nenne mir nun in der Praxis einen Fall, wo jemand einen anderen einschließt, der dann nachweisbar, nachdem er davon erfährt, absichtlich die Befreiung unterläßt, und der nicht nach meinem Prinzip im Unrecht wäre, weil er widerrechtlich handelt. Wer eine fremde Wohnung verschließt, ohne sie zu kennen und zu wissen, wer darin weilt, wird ebenso widerrechtlich und schadensersatzpflichtig durch seine Fahrlässigkeit handeln, wie der Portier eines Museums, der einen Lesenden einschließt. Ein Mietsherr ist verpflichtet, seinen Mietern Schlüssel zum Haus zu geben. Schließt ein Bewohner eines Einzelhauses oder ein Etagenbewohner ohne zu prüfen, ob die Wohnung, in der andere seines Wissens weilen können, leer ist, sie völlig ab und geht davon, so handelt er fahrlässig. Kann er weder fahrlässig noch vorsätzlich übersehen, daß jemand in seinen Hause weilt, so wird bei ungewöhnlichem Aufenthalt, Einschleichen, Versteck usw. immer Mitschuld vorliegen. Wer in Etagen wohnt, die hoch liegen, oder die nur einem Ausgang haben, wer in einsamen Villen wohnt, deren Fenster keinen Ausweg gewähren, von denen man keinen Hilferuf hören würde, der muß auf das Genaueste prüfen, ob er alles fest verschließen darf, und ob er nicht jemand, von dem er vermuten darf, daß er im Hause weilt, einschließt. Sonst handelt er zivilrechtlich rechtswidrig und läßt dann geschehen. Auch dieser Fall verlangt also nicht die benannte allgemeine, nicht geschriebene

Norm, und ich kann in dem Reichsgerichtsurteil B. 24 S. 339 keine Widerlegung finden.

Das „Verschließen der Tür" ist auf seine zivilrechtliche Folge hin nicht geprüft, weil fahrlässige Freiheitsentziehung nicht strafbar ist, es wäre jetzt nach § 823 BGB. rechtswidrig. Diese Rechtswidrigkeit ließ Angeklagter bestehen, er ließ weiter geschehen. Die „Rechtspflicht" liegt im § 823 des BGB. jetzt vor. — Das Zuschließen eines Raumes, in dem Menschen verkehren und der nur einen Ausgang hat, verlangt eben im Verkehr ganz unbedingt, daß man die Überzeugung sich verschafft, ob man nicht jemand einschließt, wenn man nicht fahrlässig nach Zivilrecht handeln will. Handelt man aber fahrlässig nach Zivilrecht, so handelt man jetzt rechtswidrig und haftet also, sobald durch das Einsperren eine Körperverletzung durch Hunger usw. erfolgt, für die Folgen der fahrlässigen Unterlassung des späteren Nichtöffnens, auch wenn keine schwere, leider nur bei Vorsatz strafbare Freiheitsberaubung nach dem Strafgesetz vorliegt! Das ist eine neue, m. E. richtige Konsequenz meiner Auffassung auf diesem Gebiete.

§ 3.

Die Fahrlässigkeit bei den sogenannten Kommissivdelikten durch Unterlassung.

Es gibt keine Rechtswidrigkeit, ohne einen Rechtssatz, dem zuwider gehandelt ist. Denn eine solche Rechtswidrigkeit könnte in einem Strafrechtsurteil gar nicht gerechtfertigt werden. Wir sind bloß für das im Strafrecht verantwortlich, was uns geboten oder verboten ist. Gegen diese Normen handeln wir vorsätzlich oder fahrlässig, wir lassen rechtswidrig geschehen, was wir rechtswidrig in Bewegung gesetzt haben. Es kann auch dann eine Rechtswidrigkeit geben, wenn ein Vertrag oder eine zivilrechtliche andere Pflicht gebrochen und unterlassen wird, denn Unrecht bleibt Unrecht hier wie dort. Auch die Reichsgerichtsentscheidungen setzen, ohne es zu betonen, doch in dem Falle selbst ja die von

mir geforderte Normverletzung, die besondere Übertretung der Rechtswidrigkeit, voraus. Derjenige, der als vorgesetzter Werkmeister den Fabrikbetrieb zu übernehmen hat, Schutzanlagen treffen kann, haftet, wenn er unterläßt, diese anzubringen, B. 16 S. 291. Der Vertrag verpflichtet ihn, zu handeln. Er ist für Unfälle verantwortlich. Klar und klassisch ist in dem Urteil B. 10 S. 101 ausgesprochen, daß in der Unterlassung stets zugleich die Verletzung einer bestehenden rechtlichen Verpflichtung zum Handeln enthalten sein müsse, und daß diese Rechtspflicht im Gesetz wie im Vertrag begründet sein könne. Denn auch der Vertrag begründe eine Rechtspflicht des Kontrahenten. Meines Erachtens stellt sich durch jeden Vertrag einer auf einen bestimmten Posten im Leben, man kann sich in bezug auf den Vertrag darauf verlassen, daß er handeln werde, und darum ist er verantwortlich für die Zivilfolgen wie für die Straffolgen seiner Unterlassungen. Weiter hinaus geht nach diesem Urteil die Pflicht nicht. In dem Urteil B. 10 S. 100 ff. hat der Vormund unterlassen, den Aufenthalt des Mündels dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen; ließ der Vormund den Zustand des Verschwindens des Mündels bewußt fortdauern, so handelt er nach dem Vormundschaftsrecht rechtswidrig und ist darum für die Folgen der Unterlassung verantwortlich. Dies Beispiel außerhalb des Vertragsrechts führt gut zu dem Folgenden.

Ich gehe zu den Urteilen über, in denen, im Band 17 S. 260 schon in der Überschrift, Gesetzesnorm und Vertrag ausgeschlossen wird, und nur die Strafnorm des StGB. durch Unterlassung verletzt sein soll. Es ist dort mit Verweis auf B. 10 S. 100 gesagt, daß auch eigentliche Unterlassungen, wenn in denselben eine bestehende Verpflichtung zum Handeln enthalten sei, und durch dieselben ein rechtswidriger Erfolg herbeigeführt worden sei, strafbar seien, wie Handlungen. Allein das Urteil spricht nicht von Pflichten aus der Unterlassung allein, sondern von Rechtspflichten, nicht von ungesetzten Kausalitätspflichten, die ich durchaus leugne.

Die Gemeinde hatte allerdings keine Pflicht, sich der todkranken B. anzunehmen, bei der jegliche Unterlassung der

Krankenpflege den Tod herbeiführte, so sicher wie die Entziehung der Nahrung das getan hätte. Der Pflegevertrag mit der Kranken war für den Verurteilten am 1. Januar 1887 abgelaufen. Das Reichsgericht meint nun, daß der Verurteilte auch nach dem 1. Januar 1887 noch rechtlich verpflichtet bliebe, die Pflege so lange fortzusetzen, bis ein anderer sie ihm abnahm. Die Pflicht habe unabhängig von der Vertragsdauer auf Grund des durch den Vertrag und durch die einmal übernommene Obhut über eine hilflose Person von der Angeklagten tatsächlich geschaffenen Rechtszustandes bestanden, und ruhe auf der strafrechtlichen Norm, welche die Gefährdung fremden Menschenlebens, für dessen Erhaltung jemand die Verantwortlichkeit übernommen hat, verbiete.

Meines Erachtens gründet sich die Entscheidung auch hier nicht auf eine straflose allgemeine Hauptnorm, die nicht geschrieben ist, sondern auf spezielle Gesetzesnormen. Der Pfleger muß sein Mündel schützen bis es in Sicherheit ist; er hat ein Amt. Bei schwebendem Streite über die Abnahme muß einstweilen für die Existenz des übernommenen Pfleglings gesorgt werden, das ist die Norm, die verpflichtet und übertreten worden ist. Auch wenn nur durch den Vertrag die hilflose Person in Pflege genommen war, hatte der Vertragsschließende nach Ablauf des Vertrags kraft seiner Übernahme nach Treue und Glauben die rechtliche Pflicht, sie dem nach ihm Verpflichteten zuzuführen, oder der Obrigkeit anzuzeigen, daß sie die Pflege nach dem Recht nun zu übernehmen habe. Das liegt bei total Hilflosen im Pflegevertrage selbst, er kann hier kein anderes Ende finden. Der berühmte Fall, nach dem in der vom Hauseigentümer fahrlässig nicht erleuchteten Treppenflur jemand stürzt und das Bein bricht usw., ist ebenfalls nur nach Verletzung gegebener Zivil- oder Strafnormen zu entscheiden. In dem Fall S. 362 B. 14 war in dem Haus der Briefträger gestürzt, der es nach dem Verkehr betreten mußte. Eine Polizeivorschrift für Hausbeleuchtung gab es sonderbarer Weise damals in dem Ort, wo der Fall vorkam, nicht. Nun könne zwar, heißt es, der Eigentümer mit seiner Sache machen, was er wolle, „wenn aber ein Hauseigentümer in Ausnutzung seines

Eigentums Mitbewohner aufnimmt und dadurch oder auf andere Weise einen Verkehr in dem Haus darstellt, so hat er die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, daß bei dem von ihm hergestellten Verkehr andere durch die Anlagen des Hauses an ihrem Körper nicht Schaden leiden; denn niemand darf sein Eigentum zur Herstellung gemeingefährlicher Einrichtungen benutzen. Wie danach der Hauseigentümer in einem solchen Falle überhaupt verpflichtet ist, die dem allgemeinen Verkehr dienenden Räume so einzurichten, daß sie ohne Gefahr passiert werden können, ist er auch gehalten, die Treppenaufgänge zu beleuchten, so lange der regelmäßige Verkehr im Haus stattfindet." — Man sieht, das Reichsgericht sucht nach einer rechtlichen Pflicht, die Pflichten aber, die es nennt, sind nicht gesetzt, stehen nirgends, entspringen im Grunde doch dem Kausalitätsprinzip alter Konstruktionen, nicht der Verantwortung gegenüber einem gegebenen Gesetz. Auch ist die neuerdings ausgesprochene Ansicht, daß im öffentlichen Recht ohne weiteres die Pflicht, sein Haus zu erleuchten, liege, m. E., wie früher erwähnt, falsch. Unbedingt einleuchtend ist für das Rechtsgefühl, daß der Fall Strafe verdient. Man könnte in dem Offenlassen eines Hauses, das man erbaut und nicht erleuchtet, eine „gemeingefährliche Einrichtung" erblicken, wie eine Grube, die man unbedeckt erbaut. Allein wir bleiben doch besser bei der Unterlassung des Erleuchtens der Treppe. In dem wundersamen Hause bestand also keine Polizeipflicht es zu erleuchten, aber auch keine Hausordnung zwischen Vermieter und Mieter betreffs des Anzündens des Gases, der Herr pflegte es selbst anzuzünden. Nun, der Herr hatte für Ordnung und Hausordnung als Mietsherr zu sorgen. Ganz gewiß hat der Briefbote, der doch zum Mieter kommen muß, wenn er auf dessen unerleuchtete Treppen und Fluren verunglückt, einen zivilrechtlichen Schadensanspruch gegen den Mieter, dem er den Brief bringt, der damit rechnen muß, daß die Post auch zu ihm kommt; § 823 BGB. Der Mieter wird in diesem Falle eine stillschweigende Übernahme des Herrn betreffs der Anzündepflicht nachweisen, dem er sich ja fügen muß, und der Anspruch geht dann gegen den Herrn. Handelt dieser also widerrecht-

lich gegen eine gegebene zivilrechtliche Norm, gegen eine übernommene Rechtspflicht, so macht ihn die Unterlassung strafbar, soweit er für den Erfolg verantwortlich ist. Einer ungeschriebenen Norm bedürfen wir auch hier nicht.

Die im Leben gegebenen und vom Reichsgericht erwogenen Entscheidungen sind besser als die im Studierzimmer erdachten Beispiele: Wer einen Giftbecher hinstellt, so daß ein anderer daraus trinken kann, begeht die mit Strafe bedrohte fahrlässige Tötung; wenn er den Trunk nachweisbar(!) wünscht und herbeiführt, und von der Gefahr weiß, Mord. Das beliebte Beispiel vom guten und schlechten Schwimmer haben Leute erdacht, die selten geschwommen sind, ebenso das Beispiel vom Bergführer Herren, die im Tale bleiben und weder Gletscher noch Dolomitengipfel kennen. Der erwachsene vernünftige Mensch handelt im höchsten Grade selbst fahrlässig, trägt überwiegende Mitschuld, wenn er, obwohl er nur leidlich schwimmen kann, auf die Versicherung eines Mannes hin, daß er gut schwimmen und ihn retten werde, in die Tiefe hinaus mit jenem eine Schwimmfahrt unternimmt. Er hat die Folgen zu tragen, wenn jener sich nicht seinetwegen geradezu in Todesgefahr stürzt. Jener gute Schwimmer kann fahrlässig handeln, fahrlässig töten, wenn er, mit irgend einer zivilrechtlichen Autorität dem anderen gegenüber ausgestattet, diesen überredet und bestimmt mitzuschwimmen, weil er ihn retten werde, und dies dann nicht kann. Nicht in der Unterlassung, in der verbotenen Fahrlässigkeit liegt hier die Strafbarkeit, nein, im Gesetz. In diesem Falle ist die fahrlässige Tötung positiv bedroht. Läßt sich die Mordabsicht feststellen, was schwer ist, so liegt Mord vor, der sofort z. B. ersichtlich wird, wenn einer mit einem Kahne vertragsmäßig einen Schwimmer begleitet, oder mit dem Vertrags-Versprechen, ihm mit dem Kahn zu helfen, dann unterwegs die Mordabsicht erfaßt, oder gar äußert, nicht beisteht und geschehen läßt, daß jener ertrinkt. Der erwachsene vernünftige Mensch handelt ebenso fahrlässig, wenn er zu Hochtouren, ohne darin Erfahrung zu haben, sich auf das Versprechen eines Bergfuschers verläßt, der ihn unentgeltlich führen will; kann ihm dieser dann nicht helfen, oder

hilft er fahrlässig nicht, so wird eine fahrlässige Körperverletzung oder auch nur zivilrechtlicher Schaden schwer festzustellen sein, während sie beim Vertrage mit geprüften gewerbsmäßigen Alpenführern sofort feststeht.

Das Schulbeispiel, wonach die unnatürliche Mutter das neugeborene Kind verhungern läßt, zeigt zunächst, daß auch hier nicht die Unterlassung, sondern das Geschehenlassen der Körpervorgänge den Tod „verursacht“, wie man im Leben sagt. Aber die Mutter ist nicht wegen der vorangegangenen Handlung, der Geburt, verantwortlich, sondern weil sie das Zivilrecht, das Familienrecht verletzt; sie handelt gegen § 1631 BGB., sie hat die Pflicht, für die körperliche Ausbildung des Kindes zu sorgen, tut sie das nicht, und macht sie sich dadurch fahrlässig oder absichtlich der Tötung schuldig, so begeht sie eben fahrlässige Tötung oder Mord.

Es ist klar, daß nicht nur das Vertragsunrecht, sondern jedes Zivilunrecht, das durch Unterlassen begangen zu einem verantwortlichen Kriminaltatbestand führt, zum Handeln, zum Helfen und Wiederherstellen rechtlich verpflichtet. Der Geschäftsführer ohne Auftrag, der eine zivilrechtliche Norm verletzt, der Vater, die Mutter, der Vormund, der Pfleger, die eine familienrechtliche Norm verletzen, der Testamentsvollstrecker, der widerrechtlich unterläßt, ebenso der, der einen zivilrechtlich zu verfolgenden Schaden verursacht, sie alle können widerrechtlich unterlassen, können weiter geschehen lassen, und sich dadurch strafbar machen. Damit wäre denn der letzte Rest eines Irrtums, des Irrtums von der Verpflichtung irgend einer Handlung ohne Rechtszwang — sei es zivilrechtlicher Anspruch oder direkte Strafdrohung — beseitigt, klar erhellt sich vor unsern Blicken die Aussicht auf den von irrigen Kausalitätsforschungen, von philosophischen Nebeln und metaphysischen Ursachbetrachtungen früher total umwölkten Tatbestand. Ich brauche nicht mehr mit dem hochverdienten modernen Rechtsreformator von Liszt anzunehmen, daß ein vorangegangenes Tun unbegreiflicherweise an dieser einzigen Stelle ohne Rechtsvorschrift Tätigkeit fordert, und weder M. Rümelin noch R. Merkel können mich in den von von Liszt zitierten Stellen widerlegen. —

Die letzte Folge des Kausalitätsirrtums ist endlich beseitigt, wobei ich nicht verschweigen will, daß ich ein gut Teil der Zeit meiner Forschung, durch Bindings Normen angeregt, selbst in den alten, verlockenden und doch so oft verhängnisvoll gewordenen Irrtum, hier mit „Ursache“ zu helfen, verfallen war. Meine Ansicht geht ferner, wie in meiner früheren Schrift, dahin, daß wir doppeltes und einfaches Unrecht auch bei der Fahrlässigkeit überall scheiden müssen. Wer auf einen Posten gestellt ist, von dem unzählige und ganz unzählbare Pflichten, zu handeln und nicht zu unterlassen, ausstrahlen, den trifft natürlich viel schwerere Verantwortung als sie jeden anderen trifft. Ich denke dabei an jeden Beamten, aber auch an jeden vertragsmäßigen Beamten, den Aufseher usw. Hier liegen Pflichten zum Handeln da vor, wo jeder andere unterlassen darf, weil der Betreffende einen Posten in der Gesellschaft hat, und dafür mehr leisten muß. Ein Polizeidiener fordert nach der Polizeistunde Gäste auf, fortzugehen, zeigt aber nicht an. Er wird bestraft, denn es genügt der Vorsatz, jemanden der gesetzlichen Strafe durch Unterlassung der Verfolgung seiner strafbaren Handlung in bewußt rechtswidriger Weise zu entziehen, der § 346, 1 StGB. ist verletzt durch Unterlassung cf. RG. Bd. 28 S. 384, 385.

Ich will noch den Fall bei Goldammer 38 S. 354 prüfen. Eine Hebamme hat es der ausdrücklichen Anordnung zuwider unterlassen, bei der Entbindung, vor der Hilfe die Hand in vorschriftsmäßiger Weise zu desinfizieren. Hier sind die gegebenen Vorsichtsnormen verletzt. Die Unterlassung war auch ohne den Erfolg strafbar und verletzte nun § 230 StGB. Hätte hier ein Kurpfuscher eingegriffen, für den es keine Vorschriften gibt, so machte nur der schlimme Erfolg selbst verantwortlich. Daß die Hebamme das Vertrauen wahrt, dafür sorgen Gesetze und Verordnungen.

Der Laie klage nicht über viele Gesetze; wir ordnen nicht die Sitte, sondern das auf dem menschlichen Rechtsgefühl im Organismus des Menschen psychologisch ruhende Recht, dessen Normen irgendwo stehen müssen, wenn sie gelten sollen. Wo z. B. die Vorschrift über das Beleuchten der Treppen besteht, kann der Briefträger in unserem Beispiel

sehr schnell zu seinem Rechte kommen, und das Gebot des Aschestreuens beseitigt böse Kontroversen. Hier nur philosophischen Erwägungen über „Verursachung“ anheim gegeben zu werden, wäre für den Angeklagten ein Unheil; sie zu begründen für den Richter nicht möglich.

§ 4.

Die fahrlässigen Unterlassungen der Kurpfuscher.

Unser Körper befindet sich, wie ja auch alles wenn auch für uns unsichtbar (der Fels zerfällt immer usw., alles bedingt immer alles usw.), doch als lebendiger Organismus nicht nur sichtbar sondern mehr als alles andere in ewiger Bewegung, immer gehen darin Vorgänge vor. Ist der Körper krank, so kann er nach unserer Wissenschaft durch Kuren und Eingriffe geheilt werden; dabei ist, wenn einmal die Heilung übernommen ist, oft ein Handeln nötig und ist das Unterlassen infolge des Heilvertrags rechtswidrig und darum unter Umständen strafbar. Rechtswidrig kann dieses Unterlassen sein, weil der Heilvertrag nach dem Stande der Wissenschaft verletzt ist, weil nach Zivilrecht Schaden angerichtet ist, weil sogar sofort strafrechtlich Körperverletzung vorliegt; wer in dieser seiner rechtswidrig herbeigeführten Lage dann fahrlässig geschehen läßt, ohne zu helfen, handelt im einzelnen Falle fahrlässig strafbar. Dies eben nennen wir fahrlässiges Unterlassen. Es erhellt schon hier, daß man im Leben unter diese Betrachtungen nur den Arzt und die Personen stellen kann, die Heilkunst üben, „Heilkünstler“ sind, nicht aber Personen, die ohne irgend etwas von der Heilkunst zu verstehen, „Kurpfuscherei“ treiben. Diese Personen sind schon vom Laien, geschweige vom Kreisphysikus auch ohne jede Prüfung ihrer Kenntnisse als „Pfuscher“ zu erkennen, sie haben keine „Kenntnis“, meist keine „Bildung“, sie heilen mit unnützen, sinnlosen, abergläubischen Mitteln, ja in den meisten Fällen glauben sie selbst nicht an diese Mittel und betrügen, nur ist dieser Betrug oft schwer nachzuweisen.

Der Arzt, dem sich der Kranke in Kur gibt, der Arzt, der neben dem ewig wirkenden Organismus des Menschen wirkt, darf eingreifen, Körperverletzungen veranlassen, um zu helfen und zu heilen. Dazu ist er als wichtiger Posten in die Gesellschaft gestellt, dazu hat er studiert. Die ärztlichen Kunstfehler werden nach den allgemeinen Grundsätzen beurteilt; der fahrlässige Arzt kann fahrlässige Tötung durch Handlung verursachen; sein Richter ist der Richter, aber zuletzt nur das Gutachten der Wissenschaft. Ebenso steht es bei ihm beim Unterlassen. Die Wissenschaft sagt ihm, was er tun soll und was er weder absichtlich noch fahrlässig unterlassen darf. Handelt er oder unterläßt er rechtswidrig, so begeht er ein doppeltes Unrecht, das das Recht ja auch bei ihm und dem Beamten härter straft, denn er ist ein Mann des Vertrauens, von dem ungezählte Pflichten ausstrahlen. Er weiß, was zu tun ist, der Staat hat ihn daraufhin geprüft. Ist er bestellt, hat er jemand in Behandlung, so geht seine Vertragspflicht sehr weit, er muß alles tun, was er kennt, und unterlassen, was irrig ist oder was er etwa nicht allein tun kann.

Der „Kurpfuscher“ kann das nicht, und doch wird er dem Arzte gleichgestellt, d. h. er darf auf seine Verantwortung hin Kranke in Kur nehmen, handeln und unterlassen, vor allem darf er das „gewerbemäßig“ tun. Er braucht nichts zu lernen, kann ein unnützes aber unschädliches Fluid geben, sich die Kur bezahlen lassen, wie der Arzt, ohne das Geringste zu leisten und er kommt durch, wenn nicht einmal der Erfolg gegen ihn spricht! Es wird also hier einer auf einem Posten gelassen, den er nicht ausfüllt! Niemand darf Apothekerwaren verkaufen als der Zugelassene. Kranke aber darf jeder in die Kur nehmen, mag er das Heilen gelernt haben oder nicht! Während in Berlin seit 1879 die Einwohnerzahl um 61 vom Hundert, die Zahl der Ärzte um 102 vom Hundert gestiegen war, hatte sich das Kurpfuschertum nach einem Verwaltungsbericht des Polizeipräsidiums um 1567 vermehrt! Unter 125 Heilkünstlerinnen, sagt der Bericht, war nur eine, bei der man eine bessere Schulbildung annehmen durfte, von den übrigen waren hier 58 vom Hundert Dienstmädchen, 24 vom

Hundert Konfektioneusen, 10 vom Hundert Arbeiterinnen Die Pfuscher gründen Vereine, die den ärztlichen nachgebildet sind. Zu Reklamezwecken erscheinen in Berlin sechs eigene Kurpfuscherzeitungen. Die Verurteilung, die Geldstrafe wird einfach zu den Geschäftsunkosten gerechnet! Eine Schmach!

Und nun zu den Unterlassungen der Kurpfuscher. — Greifen wir einen Fall aus dem Leben heraus; ich will nicht den des Nardenkötter wählen. Ein alter Schäfer kurpfuscht gewerbsmäßig unter einer ganz ungeheuren Kundschaft. Er heilt nur, wenn er darum gebeten wird, er stellt den Leuten ausdrücklich frei, zum Arzt zu gehen; er behauptet dabei freilich, daß seine Mittel helfen, wenn man an sie glaubt, ohne zu sagen, daß sie allein helfen. Die Mittel bestehen: im Bestreichen mit Fluid, einer unschädlichen Flüssigkeit, dem Besprechen mit dem Verbohren der Krankheit, d. h. der Schäfer nimmt das Maß des Kranken in Bindfaden und nimmt Haare desselben, bohrt in einen Baum ein Loch und steckt die Dinge da hinein; oder er wirft alles ins Wasser, oder ins Feuer oder wirft es in die Luft. Es steht fest, daß dies an sich nicht hilft; einigen hat es infolge der Einbildung und der Selbstsuggestion geholfen, er selbst ist dadurch angeblich geheilt, im Kriege; er glaubt daran. Daneben sterben aber viele Kranke, weil sie infolge der Schäfermittel zu keinem Arzte gehen. Die Sache ist wahr, geschieht auch anderwärts, weil ja die Toren nicht alle werden. Soll und muß das Gesetz die Unterlassungen hier unbestraft lassen, oder kann und soll es strafen und wann? Man könnte sagen: Torheit mag für Torheit büßen. Daß aber sich das Rechtsgefühl aufbäumt, wenn der Pfuscher bei Diphtheritis ein Kind „verbohrt“, alles unterläßt, statt durch den Arzt und sein Serum helfen zu lassen, das ist sicher. Das fühlen wir alle. Jedoch wo steht im positiven Recht eine Strafe? — Staunend konnte man am Naturforschertage 1904 all den Blödsinn sehen, mit dem Kurpfuscher heilen dürfen in dem Jahrhundert der Wissenschaft — aber mit einem humoristischen Lächeln scheinen die „Gesetzgeber“ an den todbringenden, weil Unterlassungen zeugenden, roten, grünen, blauen Elektrizitätsbüchsen vorübergegangen zu sein! Wo ist das Gesetz gegen den Unfug?

Über die Ausübung der Heilkunde durch nicht approbierte Personen soll in Preußen nach einer Dienstanweisung vom 23. März 1901 (MBl. für Medizinal- und Medizinalunterrichtsangelegenheiten S. 2) der Kreisarzt es sich angelegen sein lassen, im Verein mit den Ärzten des Bezirks die Bevölkerung in geeigneter Weise über das gemeinschädliche Treiben der „Kurpfuscher“ aufzuklären und vor Schaden zu behüten. Er hat sein besonderes Augenmerk auf die Personen zu richten, welche, ohne approbiert zu sein, die Heilkunde gewerbsmäßig ausüben, und über sie unter Beihilfe der Ortspolizeibehörden und der Ärzte des Bezirks ein Verzeichnis zu führen, welches Mitteilungen über Vorleben, Beruf, Heilmethoden und etwaige Bestrafungen enthält. Er hat weiter darauf zu achten, daß nicht approbierte Personen sich nicht als Arzt bezeichnen, oder sich einen ähnlichen Titel beilegen, durch den der Glaube erweckt wird, der Inhaber sei eine geprüfte Medizinalperson, daß sie nicht im Umherziehen die Heilkunde ausüben oder Arznei- und Geheimmittel feilbieten oder an andere käuflich überlassen, daß sie nicht mit amtlichen ärztlichen Funktionen betraut werden. Zuwiderhandlungen sowie Gesundheitsbeschädigungen durch gewerbsmäßige Kurpfuscher bei Ausübung der Heilkunde (§§ 222, 230, 232, 367 No. 3 des StGB,) sind sofort der Behörde mitzuteilen. In den Jahresberichten ist das Erforderliche anzugeben.

Ein Erlaß des Justizministers, betreffend strafgerichtliche Verfolgung der Kurpfuscherei, vom 21. Dezember 1901, betont, daß nach Ansicht der Ärzte die Zunahme der Kurpfuscherei ein Einschreiten im öffentlichen Interesse nötig mache. Er meint, man solle dagegen das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ins Feld führen, das nach dem Reichsgericht auf diese „gewerblichen Leistungen“ Anwendung finde.

Der im obigen Falle gekennzeichnete Kurpfuscher, der die Krankheiten in die vier Elemente verbohrt, ist nicht schuld, diese Aufsichtsnormen übertreten zu haben. Auch mit dem Gesetz über unlautern Wettbewerb ist er nicht zu fassen: er verhält sich ganz passiv, er macht keine Reklame, ja er fordert kein Geld, sondern bekommt es, er glaubt an seine

Mittel selbst, er sagt nichts gegen die Ärzte. Und doch scheint er verantwortlich dafür, daß so viele Kranke sterben, weil sie vertrauensvoll zu ihm gehen, und nicht zum Arzt, der ihnen helfen kann; „scheint" — wo ist das Gesetz?

Wenn freilich der „Kurpfuscher" so unvorsichtig ist, durch Verabreichung auch unschädlicher Mittel direkt zu verhindern, daß der Arzt zugezogen wird, oder daß wirksame Heilmittel angewendet werden, indem er die Ärzte tadelt und unbedingte Heilung verspricht usw., so kann man und soll man jetzt gegen ihn das Gesetz vom unlautern Wettbewerb anwenden. Diese Handlung fällt darunter, sie ist rechtswidrig, rechtswidrig ist darum ihr weiterer Erfolg, ihr Geschehenlassen im Körper. Der Fall in Goldammer Archiv S. 28 ist typisch; die Kurpfuscherei verhindert hier die Operation, indem sie sagt, die Krebskranke möge sich nicht von den Ärzten verpfuschen und schneiden lassen, das Besprechen helfe. Der Vertragsbruch oder der unlautere Wettbewerb machen strafbar (S. 29 l. c.) auch das weitere pflichtwidrige Geschehenlassen, der Tod wird hier der Kurpfuscherei in Rechnung gestellt. Unterläßt der vertragsmäßige Kurpfuscher die Sicherungsmaßregel, so ist ferner in dem Archiv in bezug auf Entsch. Bd. 10 S. 100 und Bd. 45 S. 276 mit Recht gegen andere Ansichten gesagt, daß in der Unterlassung zugleich die Verletzung einer bestehenden rechtlichen Verpflichtung zum Handeln enthalten sein müsse, eines Gesetzes, eines Vertrags. Der Sturz in den Schacht war durch Unterlassung von Schutzmitteln dort geschehen, die der Direktor anzubringen hatte. Unterließ er und geschah der Sturz erst unter dem Nachfolger, der allein verpflichtet war, so haftet dieser nach jener Entscheidung. Unterläßt also der Kurpfuscher, Heilmittel zu geben, obwohl er Heilung unter Ausschluß des Arztes versprochen, geht der Kranke dann ab und zu einem Arzt und dieser gibt das wirksame Mittel nicht, so ist von der Haftung des Kurpfuschers keine Rede. Auch hier wird der Grund der Freiheit von Schuld nicht in der späteren oder früheren Verursachung, sondern lediglich in der verletzten Rechtspflicht gefunden. Die strafrechtliche Wirkung des Vertragsunrechts zeigt recht deutlich der Fall bei

Goltdammer Bd. 44 S. 153. Dort haben Hausbewohner die Straßenreinigung kontraktlich übernommen; der Hauseigentümer, sagt das Reichsgericht, konnte sich auf das Tun der Mieter verlassen; die Mieter waren sich bewußt, daß, falls sie die kontraktliche Verpflichtung nicht erfüllten, ein Vorübergehender ausgleiten konnte. — Was nun, wenn der Kurpfuscher durch fahrlässiges Unterlassen allein schadet? Er sagt nicht, andere Mittel helfen nicht, er sagt nur: „Versuche mein (unschädliches) Mittel!“ Er unterläßt außer dem Besprechen jeden Eingriff. Zu tausenden läuft die Menge hin. Handelt er strafbar, wenn das Mittel nur in einem „Besprechen“ besteht? Wenn er die Krankheit „verbohrt“? Nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung ohne weiteres nicht, denn aus dem Umstande, daß jemand die Heilkunde ohne wissenschaftliche Vorbildung ausübt, folgt nicht ohne weiteres ein fahrlässiges Handeln, Urteil III S. vom 26. Oktober 1893 bei Goldammer 41 S. 395. Das Urteil meint, beim Kurpfuscher ist eine Fahrlässigkeit da, wenn einer der beiden Fälle vorliegt: a) wenn er nach dem Maß seiner Kenntnis und Einsicht bei Anwendung gehöriger Sorgfalt jene Folge hätte voraussehen können, b) wenn für ihn aus Rücksicht auf die besondere Art des Krankheitsfalles die Verpflichtung vorlag, vor dem Beginn einer Kur den Rat eines Arztes einzuholen, nicht minder, ob, wenn dies geschehen wäre, der schädliche Erfolg vermieden oder doch eingeschränkt worden sein würde. „Es besteht kein Unterschied in Ansehung der Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit zwischen dem approbierten Arzte und dem Kurpfuscher.“ Das Reichsgericht gibt alle die Fälle der fahrlässigen Unterlassung zu, die beim Kurpfuscher vorkommen, und gibt zu, daß nur der Erfolg entscheidet. Das Reichsgericht gibt am Schlusse zu, daß die Auffassung, daß alle diejenigen, die wegen Mangels eines gehörigen durch Studium und Erfahrung gesammelten Wissens nicht fähig sind zur Stellung einer Krankheitsdiagnose und zur Auswahl der für die Bekämpfung von Krankheiten erforderlichen Mittel, wenn sie trotzdem bei Kranken gewisse Kuren vornehmen, fahrlässig handeln, im Recht keine Stütze findet! „Nur unter Anhalt an die be-

sonderen Verhältnisse des konkreten Falles ist darüber zu entscheiden, ob ein nicht approbierter Heilkünstler bei der Behandlung eines Kranken fahrlässig gehandelt habe oder nicht.“ Diesen Anhalt geben aber m. E. dann nur die Kenntnisse, je mehr einer weiß, je mehr haftet er; der Schäfer, der gar nichts weiß, ist nicht verantwortlich. Je fauler einer ist, desto straffreier ist er! Das ist eine sehr sehr bittere, in dieser Konsequenz noch nie ausgesprochene Wahrheit! Der Mißerfolg ist ein irreparabeler Schaden, abgesehen vom Schmerz. Den „konkreten Fall“ bilden Vorgänge in unserem Körper mit, unserem Körper, in bezug auf welchen eine oft wohlverdiente Körperverletzung mit einem Stocke, die kaum eine Spur hinterläßt, mit Gefängnisstrafe gesühnt wird. Das Reichsgericht meint, der Kurpfuscher dürfe Kuren vornehmen, müsse aber einen Arzt zuziehen, wenn die besondere Art des Krankheitsfalles das verlange, und dann komme es noch darauf an, ob der Arzt geholfen haben würde. Wir wenden ein: das eben kann ja der kenntnislose „Kurpfuscher“ nicht erkennen, denn er hat absolut keine Kenntnis vom Heilen „er verbohrt“ oder „verspricht“ den Körper, dessen Funktionen ihm ganz unbekannt sind.

Der Fall a) des Reichsgerichts liegt bei meinem Schäfer und auch sonst oft nicht vor: Kenntnis fehlt oft ganz, Einsicht ohne Kenntnis ist aber nicht möglich, Sorgfalt hilft ohne Kenntnis nicht. Bei einem Beinbruch und ähnlichen Fällen mag ja ein Pfuscher sehen, daß Fluid und Besprechen nicht hilft, bei Anderem nicht.

Der Fall b) konstruiert eine sehr bestreitbare Pflicht. Wer rechtswidrig unterläßt, haftet, wenn er weiter schuldhaft geschehen läßt. Hier darf aber der Kurpfuscher eine Kur beginnen, er handelt beim Beginn nicht strafbar. Woher kommt die Pflicht, einen Arzt zu rufen? Dieses „Herbeirufen“ eines Dritten, der ja allein der „Arzt“, der „Helfer“ ist, ist etwas Fremdes, paßt nicht zur Erlaubnis des Kurpfuschers. Der Arzt wird zudem meist zu spät kommen, ohne daß das doch recht nachweisbar wäre. Der Schwimmlehrer, der fahrlässig einen Mann zum Schwimmen verlockt, der neben her schwimmt, und sich in seiner Kraft irrt, soll die Pflicht

haben, andere weither zu rufen. Dort aber kennt der Pfuscher so wenig die Krankheit, wie der Kranke; man kann viel eher von letzterem oder den Angehörigen erwarten, daß man zum Arzt schickt. Wenn der Pfuscher straflos Fluid im Anfang verordnet, die entstehende schwere Krankheit nicht kennen kann, wenn er nicht vom Arzt abrät, und der Kranke den Vertrag trotz alledem von selbst fortsetzen will, so liegt unbedingt nach dem Gesetz nichts Strafbares vor. Das Reichsgerichtsurteil operiert beim Fall b) noch mit der Kausalitätstheorie. —

§ 5.

Die fahrlässigen Unterlassungen der Heilkünstler.

Der Heilkünstler übt infolge seiner Kenntnisse mit Wissen und Willen des Staats seinen Beruf aus, ohne als „Arzt“ approbiert zu sein. Abzutrennen sind nach dem Gesetz hier die Zahnkünstler. Nach der Praxis ist die Bezeichnung als Zahntechniker und Zahnkünstler auch für den nichtapprobierten Kundigen zulässig.

Es besteht ein hier nicht zu erörternder Streit zwischen den Zahnärzten und den Zahntechnikern über die Berechtigung der letzteren; der Staat hat nicht Bedenken bislang getragen, die letzteren voll zuzulassen, weil die Zahnheilkunde zum größten Teil aus früh zu erlernender Technik besteht, weil bei der Nurzulassung der Zahnärzte an sehr vielen Orten Zahnhilfe durchaus fehlen würde, endlich weil sich die Zulassung der Zahnkünstler stets praktisch bewährt habe. In Österreich ist es wie bei uns dem praktischen Arzte unbenommen, sich zugleich als Zahnarzt auszubilden und niederzulassen, er tut dies auch ab und zu im Gegensatz zu unseren Ärzten, er ist der „Zahnarzt“; der Techniker daneben darf operativ nicht wirken, Zahnärzte gibt es nicht. Die praktische Folge ist, daß viele Ärzte diese Spezialität nicht üben, nicht kennen, nicht Lust zu ihr haben, und daß dann das Publikum zu wirklichen Pfuschern läuft. In Deutschland ist die Zahnheilkunde ein besonderes Studium, es gibt ungefähr

1800 Zahnärzte und 4000 Zahntechniker in Deutschland, aber es ist naturgemäß, daß der, der Medizin studiert, meist die gesamte Medizin und nicht ein Nebenfach wählt. Es wird daher niemals eine genügende Anzahl von Zahnärzten zur Hand sein. Die Zahnkünstler haben jetzt ein Zahntechnisches Lehrinstitut für den „Verein der Zahnkünstler im Deutschen Reiche"; sie verwahren sich infolge der Möglichkeit technischer Ausbildung auf diesem Gebiete mit Recht, zu den Kurpfuschern gerechnet zu werden.

Die Freiheit der Gewerbeordnung läßt nach der Ansicht auch der Zahntechniker „Zahnpfuscher" in das Fach, wenn sie ja auch hier, wo Technik entscheidet, bald zuschanden werden. Es ist nach vieler Ansicht unbedingt notwendig, daß der Zahnkünstler einen Befähigungsnachweis erbringt, ehe er zugelassen wird. Einen großen Schritt vorwärts hat die Rechtsprechung hier schon getan, am 26. April 1904 hat das Reichsgericht auf Grund des Gesetzes über den unlautern Wettbewerb entschieden, daß der in Amerika erworbene Doktortitel verboten ist. Die Lösung dieser Fragen überlassen wir der Zukunft und der Erwägung des Parlaments. An dieser Stelle ist nur zu betonen, daß die Zahnkünstler für ihre Zahnkunst haften; unterlassen sie beim Herstellen eines Gebisses, Herausziehen oder Einsetzen, oder Plombieren eines Zahnes das Nötige, haften sie voll für die Folgen.

Sie haften ferner für die Unterlassung der Zuziehung eines Arztes, wo dieses nötig ist, so bei Mund- und Kieferkrankheiten; um die Notwendigkeit dieser Zuziehung zu erkennen, hat das Lehrinstitut angeordnet, daß auch über Munderkrankungen von einem Mediziner Vorlesungen gehalten werden.

Sollte dieser Unterricht dazu führen, um Mundkrankheiten heilen zu lernen, so würde er, wie auch die Techniker zugeben, eine gefährliche Rolle spielen, während er dazu nötig ist, um zu erkennen, wenn es der Zuziehung eines Arztes bedarf. Auch wenn der Techniker diese Dinge, die er lernt, nicht verstanden hätte, würde er doch auch hier immer je mehr haften, je mehr er Kenntnisse zufällig zu erwerben in

der Lage war. Auch aus diesem Gesichtspunkt ist eine Prüfung der Techniker nötig.

Die Haftung der Zahnärzte geht weiter, indem sie der Prüfung ihrer Fachwissenschaft unterliegt.

Unter den sonstigen Heilkünstlern sind die geprüften Heildiener zu erwähnen; obwohl kleine chirurgische Operationen, Desinfektion, Massage usw. jedem freistehen, hat es doch die Regierung hier für nötig gehalten, ein Befähigungszeugnis nach einer Prüfung zuzulassen. Für die Strafbarkeit der Unterlassung der geprüften Heildiener entscheidet deren nach dem Befähigungszeugnis nötige Kenntnis. Unternehmer von Privatkranken-, Privatentbindungs-, und Privatirrenanstalten bedürfen einer Konzession der höheren Verwaltungsbehörde. Die Konzession kann nur versagt werden, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Unternehmers in Beziehung auf die Leitung oder Verwaltung der Anstalt dartun, wenn bauliche und technische Einrichtungen der Anstalt den gesundheitspolizeilichen Anforderungen nicht entsprechen, wenn die Anstalt nur in einem Teil des auch von anderen bewohnten Gebäudes untergebracht werden soll und durch den Betrieb für die Mitbewohner Schaden entstehen kann, wenn die Anstalt zur Aufnahme von Personen mit ansteckenden Krankheiten oder von Geisteskranken bestimmt ist, und durch ihre örtliche Lage für die Besitzer oder Nachbarn erhebliche Nachteile oder Gefahren hervorrufen kann.

Im einzelnen bestehen vielfache Vorschriften, deren Unterlassung strafbar macht. Sie sind nicht von wissenschaftlichem Interesse für unseren Zweck; es sei bemerkt, daß sie so zahlreich sind, daß sie einen Mißbrauch bei guter Aufsicht der Behörde ausschließen. So hat das sächsische Ministerium die Unzuverläßlichkeit in der mangelhaften Art der Krankenuntersuchung und des Heilverfahrens, der Ausschließung aller Arznei erblickt. In anderen Fällen ist dem, der in bezug auf die eigene Leitung der Heilbehandlung unzuverläßlich erschien, weil er kein Arzt war, als Bedingung auferlegt worden, daß die ärztliche Leitung einem Arzt zufalle usw.

Frauen bedürfen zu gewerbsmäßigem Hebammendienst stets eines Prüfungszeugnisses, selbst wenn sie sich nicht die Bezeichnung als Hebamme beilegen. Die Forderungen der Kenntnisse ergibt das Maß der Haftbarkeit für ihre Unterlassungen. Seltsamerweise würden Männer, die sich keinen Titel beilegen, ohne Zeugnis Geburtshilfe gewerbsmäßig leisten können. Sie würden dann Kurpfuscher sein, bis dann erst der gefährliche Erfolg über ihre Strafbarkeit entscheiden könnte. Auch das ist eine der seltsamsten Folgen der falschen Freigabe des Kurpfuschens.

§ 6.

Gesundbeten.

Der Glaube, daß die Bitte zu Gott ein Leid hebe, wie der Glaube, daß die Fürbitte eines anderen es heben werde, kann veranlassen, daß der Gläubige oder dessen Angehörige sich nur auf das Gebet oder auf die Fürbitte verlassen und keinen Arzt zuziehen. Stirbt der Kranke bei Unterlassung des ärztlichen Beistandes, so hat der Staat kein Recht, sich in Glaubensangelegenheiten zu mischen. Es kann von Rechtswidrigkeit keine Rede sein. Sobald aber aus der Fürbitte ein nur auf Erwerb gerichtetes geschäftliches Gesundbeten wird, wie es jetzt auf Grund der in Amerika gelehrten Erwerbskunst geschieht, sobald durch Eintrittsgelder, Bücherverkauf usw. es klar wird, daß Personen nicht die fromme Fürbitte, sondern das für Geld Gesundbeten als einkömmlichen Lebensberuf treiben, steht es dem Staate frei, derartige Erwerbszweige, die in dem alles, so auch das Gebet zum Geldverdienen herabziehenden, an Kultur tiefstehenden Amerika Gefallen finden, hier zu verbieten. Man darf es eventuell nicht erst abwarten, bis und ob man hier Betrug beweisen kann. Es spricht stets gegen den guten Glauben, wenn derlei Dinge nur um des Gelderwerbs willen geschehen. Es gilt das Treiben, das geldverdienende Gebetsheilen, das Gebetsgewerbe zu verhindern. Ob und wie weit es nötig wird, ist Verwaltungserwägung, es bedarf eines neuen Gesetzes. Für

uns scheidet damit das Gesundbeten vor diesem Gesetz aus, da im einzelnen Falle, wo nicht etwa gemeiner Betrug vorliegt (ich erinnere an ein Urteil des Darmstädter Gerichts, das eine Gesundbeterin, die Selleriewasser, heiße Kastanien, Tränen des heiligen Josef, die Perlen waren, anwandte, mit 3 Jahren Gefängnis und Ehrverlust verurteilte), die Unterlassung allein, wenn jenes Gesetz nicht gegeben ist, eine Rechtswidrigkeit nicht enthält und nicht strafbar ist, wenn sie nicht, was leicht konstatiert werden kann und öfter konstatiert werden sollte, unlauterer Wettbewerb ist.

In Amerika, wo alle ungesunden Bewegungen von jeher, wie alles Ungesunde, zu Haus sind, und wo die Gesundbeter über eine Million Seelen zählen sollen, die über unbeschränkte Geldmittel zur Reklame verfügen, ist man gegen Gesundbeter, unter deren Händen ein Kind an Diphtheritis starb, zwar vorgegangen, es ist aber bislang meines Wissens in den Vereinigten Staaten nicht gelungen, die Verurteilung eines gewerbsmäßigen Gesundbetens durchzusetzen. Es fehlt auch dort an einem Gesetz. Und dieses Gesetz wird kommen, wenn das Rechtsgefühl verlangt, daß dem Gebetsgewerbe ein Ende gemacht werde.

§ 7.

Fahrlässige Unterlassungen der Ärzte.

Die Medizin ist ein Teil der angewandten Naturwissenschaft, mit der Besonderheit, daß sie ihr Wissen zur Heilung des Menschenlebens anwendet. Nach § 29 der Gewerbeordnung bedürfen die Ärzte der Approbation, denn ist auch an sich die Heilkunde (mit Ausnahme der Apotheken) freigegeben, so dürfen doch Leute, die nicht approbiert sind, nicht den Titel Arzt führen. Die Approbation kann den Ärzten nur genommen werden, wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargetan wird, auf Grund deren sie erteilt ist, oder wenn dem Inhaber der Approbation die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind; im letzten Fall jedoch nur für die Dauer des Ehrenverlustes (§ 53 GO.). Wer ohne appro-

biert zu sein, sich als Arzt bezeichnet oder sich einen ähnlichen Titel beilegt, durch den der Glaube erweckt wird, der Inhaber desselben sei eine geprüfte Medizinalperson, wird mit Geldstrafe bis zu 300 Mark, im Unvermögensfalle mit Haft bestraft.

Der Arzt ist eine Vertrauensperson allerersten Ranges, wir vertrauen in ihm der Wissenschaft, vor der er seine Prüfung bestanden. Wir wissen, daß weder diese noch ihre Jünger stets helfen können, aber wir vertrauen uns der freien wissenschaftlichen Behandlung des unterrichteten und geprüften Mediziners zunächst unbedingt an, mit unserem Leben und dem Leben der Unseren. Die Wissenschaft ist das Höchste, menschliche Gut auch hier; hier sie verachten, kann in der Unterlassung dem Selbstmord gleichstehen, hier Pfuscher zuzulassen, ist, ob es Gesetzesrecht jetzt noch ist, unverantwortlich und spottet jedes Rechtsgefühls und jedes Verständnisses der Gerechtigkeit.

Wir haben es hier nur mit fahrlässiger Körperverletzung zu tun, die von Ärzten natürlich nur dann begangen werden kann, wenn eine Pflicht zum Handeln vorhanden war. Ob der Arzt durch eine unterlassene Handlung, die ihm die Pflicht der Wissenschaft gebot, fahrlässig handelt, ob zwischen dem Erfolge und seiner Unterlassung ein Kausalzusammenhang vorliegt, ob seine etwa von der geltenden Meinung abweichende Ansicht wissenschaftlich berechtigt war, hat lediglich die Wissenschaft hier zu entscheiden. Es ist ganz in des Arztes Ermessen gestellt, ob er einen zweiten Arzt (ohne daß es der Patient verlangt) zuziehen will, oder ob er kraft seines Wissens und Könnens dessen nicht zu bedürfen glaubt. Das Strafgesetzbuch verpflichtet den Arzt zu besonderer Aufmerksamkeit, § 230, er darf nicht unterlassen, sich wissenschaftlich fortzubilden. Die fahrlässige Unterlassung, die natürlich nicht ein anderer zueilender Kollege, sondern ein allgemein anerkanntes wissenschaftliches Gutachten feststellen kann, wird nach § 230 Abs. 1 mit Strafe bis zu drei Jahren Gefängnis belegt. Dazu stimmt die fahrlässige Unterlassung, Normen gegen Kurpfuscher zu geben, seitens der Gesetzgebung sehr schlecht!

Daß mit diesen richtigen Rechtsanschauungen der leider jetzt nach dem Gesetz nicht zu leugnende Grundsatz des Reichsgerichts, daß Ausübung der Heilkunde ohne jede wissenschaftliche Vorbildung nicht ohne weiteres eine Fahrlässigkeit enthalte, nicht übereinstimmt, ist klar (GA. 41 S. 395). Hier ist baldige Abhilfe nötig.

Dem wissenschaftlichen Arzt gibt seine Stellung zunächst das eigene Ehrgefühl; sie wahrt daneben das ärztliche Ehrengericht. In Preußen nehmen Ärztekammern unter der Aufsicht des Oberpräsidenten die ärztlichen Standesinteressen usw. wahr, mit denen, wie bei den Anwaltskammern, Ehrengerichte verbunden sind. Die Berufungen gegen deren Urteil gehen an einen Ehrengerichtshof (cf. Gesetz betr. die ärztlichen Ehrengerichte für Preußen vom 25. Nov. 1899). Hier können natürlich auch Unterlassungen ihre Strafe finden.

Für die Auffassung der Unterlassung ist sehr wichtig der Begriff der Kur, der juristisch oft total verkannt wird. Der Arzt kuriert, d. h. er handelt nicht gewerbsmäßig durch Eingeben, Ratgeben, Operieren in einzelnen Fällen, sondern er lenkt die immer vorgehenden Vorgänge im Körper zum Heilungsprozeß. Wird daher von Patienten die Kur unterbrochen, hindert er den Arzt, den Prozeß sich vollenden zu lassen, geht er zu einem anderen Arzt, so kann er nicht ohne weiteres aus einzelnen Unterlassungen eine Schuld konstruieren, denn der Arzt hatte vielleicht eine andere, auch wissenschaftliche Kur vor, und deren Erfolg war abzuwarten. — Operationen darf der Arzt gegen den Willen des Patienten nie vornehmen, aber er haftet beim Verbot auch nicht für die Unterlassung.

Der Arzt ist nicht verpflichtet, Hilfe zu leisten (§ 144 Absatz 2 der Gewerbeordnung). Dieser mit Recht ausgesprochene Grundsatz der Freiheit läßt aber die Pflicht bestehen, daß die Ärzte wie andere, wenn sie die Polizeibehörde dazu auffordert, nach § 360, 10 StGB. bei Unglücksfällen usw. Hilfe leisten müssen. Hier dürfen sie also nicht unterlassen.

§ 8.

Das Wie? der Bestrafung der Unterlassung und der fahrlässigen Unterlassung im allgemeinen.

Meine Ansicht, wie ich sie im § 1 andeutete, bedarf keiner Rechtfertigung der Strafe: strafen und sich strafen lassen liegt in unserem menschlichen Rechtsgefühle, in der Art des Rechtsschutzes in uns, in einer psychologischen Gefühlsreaktion und, das vergesse man nie, in einer Gefühlsduldung. Ich kann nicht genug wiederholen, der Umstand, daß auch der Verbrecher die Strafe für gerecht hält, nur seine Schuld bestreitet oder das Strafmaß moniert, daß er die Strafe an sich duldet, weist auf das von mir aufgestellte psychologische Rechtsgefühl des Menschen hin und rechtfertigt allein die Zufügung eines neuen Übels zu einem alten. — Nur der Anarchist, der nicht zu uns gehört und als solcher zu verbannen ist, ruft: es lebe die Gesetzlosigkeit! Gegen ihn hilft nur ein furchtloses, internationales Anarchistengesetz. Das Wie? der Strafe ist seit lange dem Staat und dem Gesetzgeber überlassen, der mit ihr als Mensch nichts zu vergelten hat, sondern dem Rechtsgefühl gemäß das Übel der Strafe zufügt, das der Rechtsschutz nach menschlichem Gefühl verlangt. Der Wert, den das verletzte Rechtsgut für das Recht, für den Rechtsstaat hat, hat heute die Höhe der Reaktion im allgemeinen bestimmt, das Strafgesetzbuch ist danach abgefaßt worden; die ausgeführte Tat wird schwerer wiegen, als der Versuch. Das ist eine Abschätzung, keine Vergeltung des Übels mit dem Übel, kein Racheakt: „Auge um Auge.“ Wir alle werden von Vorstellungen bestimmt, von dem, was wir vertrauensvoll Welt da draußen nennen, dessen Bild wir aber erst schaffen; wie verschiedene Motive wirken auf uns ein! Einmal auf den Armen, der, in das Elend hineingebannt, in eine Familie hineingeboren, von der der Vater ein Dieb und die Mutter eine Hure ist, gegen das Gesetz verstößt, und auf den Reichen, der nie gestohlen hat, aber auch nie versucht worden ist. Wer will da „gerecht“ „vergelten?“

Nur der kann das Übel gerecht, d. h. mit Recht objektiv dem einzelnen zufügen, der dieses Milieu und die Eigenschaften und Lebensverhältnisse des Verbrechers mit und hauptsächlich ins Auge faßt. von Liszt hat hervorgehoben: „Die durch ein bestimmtes Verbrechen bewiesene Gesinnung steht in Frage.“ „Vergolten soll werden nach der Schuld des Täters. Denn auf sie gründet sich der soziale Unwert des Verbrechers. Die Schwere der Schuld bestimmt sich aber nicht, wenigstens nicht in erster Linie nach dem äußern Erfolg der Tat, sondern nach dem Grade der in der Tat zutage tretenden Auflehnung des Einzelwillens gegen die Rechtsordnung.“ Die Schwere des Verbrechens bestimmen der zuständlich gewordene Kampf gegen die Rechtsordnung und gelegentliche Abirrung von ihr ihnen muß, nach den Forderungen der Gerechtigkeit, das Maß der Strafe entsprechen. — Diese Ansicht entspricht meiner Rechtsgefühlstheorie vom Band des Rechts. Der von mir in dem Hauptwerk eingehend behandelte Anarchist gehört nicht in die Rechtswelt; der von ihm durch die Gesinnung getrennte Zustandsverbrecher ist nach dem Grunde des Rechtsgefühls in der Strafe von dem zuerst Irrenden zu trennen. Der Mörder kämpft gegen die Rechtsordnung in der furchtbarsten Weise, auch der erste Mord ist furchtbar strafbar. Der zum ersten Male Stehlende sollte mit Geld bestraft werden können, mehr verlangt der Rechtsschutz des Rechts nicht. Nur ein Mammonismus konnte und kann anders normieren, der lieber seinen Körper verletzen läßt (§ 223 mit der Geldstrafe), als einen Heller verliert (§ 242 ohne die Geldstrafe). — Die Strafe der echten Unterlassungsdelikte, bei denen, wie Liszt sagt, der „Gesetzgeber nicht den Eintritt eines Erfolges, sondern den Nichteintritt eines vorgestellten Erfolgs als maßgebend betrachtet“ (Unterlassene Anzeige eines Verbrechens usw.) ist nicht weiter zu prüfen. Die rechtswidrige Unterlassung steht auch in ihrem rechtlichen Wirken dem Tun gleich, so auch sicherlich in der Strafe. Wäre die Rechtspflicht, nach einem erlaubten aber gefährlichen Tun dann zu handeln, nirgend ausgesprochen, so wäre von Strafe nach meiner Theorie keine Rede. Die Unterlassung dem Tun nicht gleich zu stellen, liegt kein Grund

vor. Es zeigen das auch die Fälle des Gesetzes, wo sie im Gesetz neben dem Handeln steht, so beim Meineid. Die schwerste Pflicht im Staate ist der Zeugniszwang und die Eidesleistung im Prozeß; die Unterdrückung wesentlicher Tatsachen, das bewußte Schweigen ist hier strafbar, da der Eid den Zeugen verpflichtet, volle Wahrheit zu sagen. Das Gesetz straft Unterlassung und Versicherung hier ganz gleich. Es geht auch diese Gleichstellung nicht gegen unser Rechtsgefühl. Stellt also, wie erwähnt, daß Gesetz selbst das Unterdrücken mit der Aussage unter gleiche Strafe, so haben wir auch allgemein Handeln und rechtswidriges Unterlassen ganz gleich zu strafen.

§ 9.

Die Bestrafung der fahrlässigen Unterlassungen der Heilkünstler.

Während wir für den Arzt keiner besonderen Betrachtung bedürfen, da uns die Wissenschaft sagt, wenn er handeln muß, und die allgemeinen Normen sagen, wenn er als Verletzer des Körpers (infolge seiner Fehler) gilt, treffen wir bei allen den Personen auf schwierige Fragen, die, obwohl sie nicht der rein wissenschaftlichen Prüfung unterliegen, nach dem Gesetz doch auf den Körper einwirken dürfen. Denn hier fehlt ja jedes Maß; die Fehler des Arztes mißt die Wissenschaft; wie sollen wir der anderen Fehler ohne sie beurteilen? Es ist unmöglich, wird aber nie zugestanden.

Übt jemand, dem als Arzt die Approbation entzogen ist, frei ohne Approbation die Heilkunde fort, so kann ihm das, solange er nicht gegen die Schutzbestimmungen der Gewerbegesetze verstößt, nicht verboten werden. Der ärztliche „Beruf" selbst ist nie „Gewerbe", der Arzt wird nur dann zum Gewerbetreibenden, wenn er eine Privatkrankenanstalt einrichtet oder unterhält; Unternehmer von Privatkranken-, Privatentbindungs-, und Privatirrenanstalten bedürfen einer Konzession der höheren Verwaltungsbehörde, der Unternehmer

muß anderen nach der Begründung des Gesetzes, sei es in eigener Person oder durch einen vertrauenswürdigen Stellvertreter, auch in Ansehung der Sorge für die etwa nötig werdende ärztliche Hilfe die dem Interesse der Kranken entsprechende Garantie bieten. Hierin liegt der Grund der Strafbarkeit seiner fahrlässigen Unterlassungen; der Anstaltsunternehmer, der den Arzt nicht zuzieht, so daß infolge der Unterlassung der Kranke stirbt, unterläßt rechtswidrig und daher strafbar.

Aber das Krankenheilen ist freigegeben, es ist das, was Beruf ist, als Gewerbe erlaubt, das es nicht ist. — Das, was wir innere Heilkunde und Chirurgie nennen, zu dessen Kenntnis beim Arzt langes Studium und Prüfungen nötig sind, darf jeder als „Gewerbe" üben, soweit er nicht gegen die Schutzvorschriften verstößt. Ein irrender Reichstag hat einst beschlossen, jedem frei zu geben, den anderen wie ein Arzt zu behandeln, oder zu unterlassen. Wollte jemand operieren, so würde allerdings hier bei Fehlen des Studiums wohl stets Körperverletzung vorliegen wie beim Unterlassen nach der Operation, und doch rechnet der Zirkularerlaß des Ministers der geistlichen usw. Angelegenheiten vom 27. Dezember 1869 folgerecht mit der Freigabe auch der „Ausübung der kleinen Chirurgie, die niemanden verwehrt werden könne". „Da es aber für das Publikum von Wichtigkeit sei, zu wissen, ob derjenige, der sich mit kleinen chirurgischen Operationen, Desinfektionen usw. beschäftigen will, auch die hierzu erforderliche Befähigung besitzt, so steht nichts entgegen, diejenigen Personen, welche sich über ihre Befähigung ausweisen wollen, nach Maßgabe der bisherigen Bestimmungen zu prüfen, und ihnen, falls sie die Prüfung bestehen, ein Befähigungszeugnis auszufertigen, durch welche sie das Recht haben, sich geprüfte Heildiener zu nennen. Der Umfang der Befähigung sei genau zu bezeichnen, und die ausdrückliche Voraussetzung, daß der Inhaber sich bei Ausübung seines Gewerbes streng innerhalb der Grenzen dieser Befähigung halten werde, mit dem Zusatze auszusprechen, daß ihm bei Überschreitung dieser Grenzen das Befähigungszeugnis und das Recht, sich als ge-

prüfter Heildiener zu bezeichnen, nach § 53, 2 der GO. aberkannt werden würde." —

Es ist nun nach der bestehenden Gesetzgebung nicht zu bestreiten, daß die Freigabe des Heilens zu dem seltsamen Resultat auch hier führt, daß jemand um so mehr haftet, je mehr er lernt. Denn je mehr er weiß, je mehr wird er versprechen und halten müssen. Der Staat läßt um der „Freiheit" willen den brutalen Erfolg entscheiden, ob Strafbarkeit eintritt, er läßt es oft zu spät werden. Das gegebene Strafrecht wird den, der als Heilkünstler vertragsmäßig eine medizinische Kur übt und Heilung dadurch verspricht, nach meiner Theorie schon dann wegen Unterlassung strafen, wenn er diesen Vertrag irgendwie bricht, und unkurgemäß schadend handelt oder unterläßt, ebenso, wenn er einen zivilrechtlichen Schaden durch Unterlassung anrichtet. Er haftet dann für das Geschehenlassen der Natur. Diese richtige Ansicht, daß rechtswidriges Handeln, das man fortdauern läßt, — und das ist das Unterlassen hier — verantwortlich für jede Folge auch strafrechtlich macht, bedarf daher nur der Feststellung der Rechtswidrigkeit, nicht erst der Feststellung der fahrlässigen Körperverletzung, der Kausalitätsreihe, die oft schwer zu beweisen sein wird. Nicht zu erwähnen brauche ich, daß auch hier der Betrug, der Umstand, daß der Heilkünstler an seine Kur selbst nicht glaubt und ersichtlich nicht glauben kann (das ist frei festzustellen vom Richter!), wegen der Vorspiegelung strafbar macht. — Ich habe einfaches und doppeltes Unrecht auch bei der Fahrlässigkeit geschieden. Doppeltes Unrecht begeht der, der wie z. B. der Arzt auf den Posten gestellt ist, um acht zu geben, und nun nicht acht gibt. Verrat begeht er, wenn er absichtlich tötet, statt zu heilen, wie der Anwalt, der der anderen Partei dient.

Wenn nun den Beruf des Arztes, der unendliche wissenschaftliche Pflichten mit sich führt, ein Nichtarzt als „Gewerbe" treibt, obwohl der „Beruf" ja kein „Gewerbe", sondern eben treue Wissenschaft sein soll, so müssen bei fahrlässigen Unterlassungen Wirrungen in der Strafe hier entstehen. Wir werden den ersten Fall leicht strafen, den späteren härter; wenn sich nun die Sache wiederholt? Da wäre es doch wohl

gerecht, zur „zielbewußten Bekämpfung“ (mit Liszt) diesen zuständlich gewordenen Kampf gegen die „Rechtsordnung“, der keine „Abirrung“ mehr ist, die „verbrecherische Gesinnung“ zu beendigen und das „Gewerbe“ im Urteil zu verbieten. Aber das „Gewerbe“ ist ja „frei“. Wir werden dennoch hart strafen, indem wir hoffen, daß der betreffende vielleicht infolge der Strafe seine fahrlässige Gesinnung ändere, und von dem erlaubten Gewerbe abstehe, oder wenigstens von der betreffenden Weise der Unterlassung.

Daß daneben Betrug bei der Vorspiegelung wissentlich falscher Dinge, wie der unerlaubte Wettbewerb, in vielen Fällen strafbar machen, bedarf keines Wortes. — Bei dem Wissen des praktischen Arztes, Wundarztes und Geburtshelfers ist die unwissenschaftliche Konkurrenz um der Kranken willen heute schärfer zu prüfen. Beizubehalten sind entschieden die unter das Gesetz und die Kontrolle bereits gestellten rein privaten Kuranstalten usw. Wollte man etwa diese Heilkünstler ebenso wissenschaftlich prüfen, und ihnen dann einen wissenschaftlichen Titel gewähren, dem das Publikum traut, so würde das unmöglich sein, da nur die Wissenschaft die Grenze des Wissens ziehen könnte, würde auch gefährlich sein, da dann ja das Publikum wegen der staatlich ausgesprochenen Ansicht in ihnen Ärzte sähe; wenn auch Ärzte zweiter Klasse. Was das gegebene Recht betrifft, so wird mein Standpunkt mit seiner Betonung des rechtswidrigen Vertrags und des rechtswidrigen Zivilschadens gerechter als die Kausalitätstheorie die strafbaren weil rechtswidrigen Unterlassungen treffen.

§ 10.

Die Bestrafung der fahrlässigen Unterlassungen der Kurpfuscher.

Wenn Leute, die von der Medizin nichts, aber auch von einzelnen medizinischen Kenntnissen oder Kuren nichts verstehen, die mit offenbar unsinnigen, oder ganz indifferenten, oder gar abergläubischen Mitteln zu heilen vorgeben, ge-

werbemäßig in dieser Art arbeiten, ohne eine Polizeibestimmung zu verletzen, ohne Wettbewerb zu treiben, ohne zu betrügen, so sind sie straflos, wenn sie unterlassen, richtige Mittel anzuwenden oder anzuraten. Viele können dahin sterben, es ist nicht zu hindern. Jene haben in der Übernahme der unsinnigen Kur sicher den Kranken in eine gefährliche Lage gesetzt, aber da es jedem „frei" steht, derartige Gewerbe ohne Verletzung der Vorschriften zu treiben, so gibt es kein Gesetz, welches eine spätere Tätigkeit als pflichtgemäß erscheinen ließe, denn das vorangegangene Tun, die Übernahme der Kur, ist nicht rechtswidrig. Sie sind ja überall von Strafgesetzen umdroht, sobald sie unmedizinisch handeln und den Körper verletzen, sobald sie betrügen oder unlautern Wettbewerb treiben; aber wenn sie auch vertraglich nicht fehlen, wenn Leute, wie zu jenem alten Schäfer, zu ihnen kommen, und sie Kur suchenden Kranken diese zusagen und „besprechen" oder „verbohren" ohne etwas Weiteres zu verhindern oder zu versprechen, so mögen sie die Ursache scheinen, daß mancher nicht zum Arzte geht und stirbt, vertragswidrig handeln sie nicht, sie verletzen zivilrechtlich die Gesundheit nicht fahrlässig, sie handeln nicht rechtswidrig und haften nicht, denn es kann und darf ja jeder „heilen", auf Rechnung der Patienten.[1])

Ich bin hier der Ansicht, daß dies „Gewerbe" nicht wie die Ausübung der Heilkunst als „Gewerbe" angesehen werden sollte; Heilkünstler und Kurpfuscher sind nicht zu vergleichen, ob sie auch beide keine studierten Ärzte sind. Es sollte ein derartiger gar nicht unter die Gewerbeordnung fallender gemeingefährlicher Unfug — denn weiter ist dies Treiben nichts — verboten werden. —

Der Richter hat heute nur festzustellen, ob der Kurpfuscher rechtswidrig handelte, ob er den Vertrag brach, etwa unbedingte Heilung usw. im Gegensatz zum behandelnden Arzt versprach und dabei etwa noch unlautern Wettbewerb trieb, ob seine Mittel seinem Verstande und seiner Lebensstellung

[1]) Wenn Ärzte meinen, man müsse die Torheit walten lassen, so vergessen sie die Kranken und die Kinder, zu denen Toren Pfuscher holen. Die Äußerungen mancher Ärzte darüber sind bedauerlich.

nach etwa so unsinnige waren, daß er selbst nach seinem Verstande unbedingt nicht daran glauben konnte, er also betrog; dann soll er strafen. Wenn derselbe Kurpfuscher immer wieder angeklagt wird, wird er härter strafen, ohne den Strafzweck zu erreichen, denn die sinnlose unnütze Tätigkeit, die jener als „freies Gewerbe" üben darf, wird derselbe ja fortsetzen.

Auf den Erfolg wird er es um so mehr ankommen lassen, als die ihm Vertrauenden, die Besprochenen, mit Fluid versehenen, die Verbohrten, die durch Handauflegen Behandelten usw. und wie die vom Staat erlaubten „freien Gewerbe" alle sich nennen, ihn kaum anzeigen und die Hinterbliebenen ihren Tod nicht den Unterlassungen zuschreiben werden. Es fehlt das von vornherein verhütende Gesetz, es feht ganz unverantwortlicherweise, und an diesem Fehler sind alle gesetzgebenden Korporationen und Personen Mitschuldige.

Die Versuche, die zur Verhütung der Gefährlichkeit der Kurpfuscher neuerdings von der Gesetzgebung vorgeschlagen werden, sind viel zu schwach. Man muß endlich das Übel mit der Wurzel ausrotten und dieses Handwerk bei Strafe überhaupt verbieten. Das Reichsamt des Innern hat vor kurzer Zeit in einem Rundschreiben an die verbündeten Regierungen anerkannt, daß das Kurpfuscherwesen zu einem bedenklichen Mißstand unseres öffentlichen Lebens geworden ist, und daß die Verfügung des Justizministers an die Oberstaatsanwälte vom 21. Dezember 1901 nicht genügt hat. Es ist daher vorgeschlagen worden, daß die in § 35 der Gewerbeordnung gegebene Untersagung des Gewerbebetriebs auch auf die Ausübung der Heilkunde dnrch nicht approbierte Personen ausgedehnt werden soll, in Fällen, wo Kurpfuscher bereits Leben und Gesundheit der Kranken gefährdet haben, oder wo nach der Vergangenheit und Persönlichkeit des Kurpfuschers eine Ausbeutung des Publikums zu befürchten ist. — Hier käme die Hilfe viel zu spät, nachdem das Unheil geschehen. Es ist unverständlich, wie eine Gesetzgebung, die doch nicht jedem Arzneimittel feil zu halten und Apotheken zu errichten erlaubt, meint gestatten zu müssen, daß jeder mit Giften und falschen Behandlungen den Körper

seiner Mitmenschen schädigen darf, so lange, bis endlich einmal ein Kranker den Schwindel anzeigt. Ein totales Verbot bei hoher Strafe ist allein hier am Platze.

§ 10.

Schlußbetrachtung.

von Liszt hat in seinen früheren Ausgaben meine „Rechtswidrigkeit der Unterlassung“ mit den Worten u. a. zitiert, daß vor allem ich damals die richtige Fragestellung betont habe; man hat nicht zu fragen, wann ist das Unterlassene kausal, sondern, wann ist es rechtswidrig; nicht: „wann steht die Nichthinderung des Erfolges der Verursachung des Erfolges gleich“. Ich durfte und darf in Anspruch nehmen, daß ich in der Literatur zuerst völlig mit der Kausalitätstheorie gebrochen habe. Die Anmerkung 4 bei von Liszt S. 113 der 11. Auflage zeigt, daß ich damit noch heute allein stehe; Landsberg und Kraus u. a. haben eine ganz andere Stellung zur Frage. Und doch wird meine Ansicht m. E. in Praxis und Theorie recht haben.

Zuerst in der Theorie. Denn der noch von Liszt verretene Satz, daß ein vorangegangenes Tun, möge es die Herbeiführung einer Gefahr sein, späteres Fahrenlassen der ergriffenen Zügel als pflichtwidrig erscheinen läßt, ist nur ein Rest der alten Kausalitätstheorie, ein Verlegenheitssatz, der fallen wird, ein Rest der Normentheorie, die hinter dem Rechte ethische oder mitethische Normen sah, die nicht gesetzt sind und nicht gelten. Es ist ein Satz der Ethik: Du sollst! Du sollst nicht! der stets das Unterlassen mit verbietet. Wollte das Recht Unterlassen irgend allgemein verbieten, würde es eine gebotene Ethik.

Im Rechte ist diese tief ins Leben greifende Norm nicht gesetzt, hier in der äußerlichen Ordnung, die uns der Rechtszwang auferlegt, in den wir hineingeboren werden, wären derartige Sätze auch sehr bedenklich. Die Entsch. R. 24, 339 beweist den Satz nicht, wie ich dargelegt habe.

Dann habe ich auch für die Praxis recht. Wie soll ein

Richter ein Urteil nach dem gegebenen Strafrecht recht
fertigen, wenn er für eine Strafe keinen Satz des Recht
sondern nur eine nirgend stehende Sollvorschrift anführe
kann, die einige Gelehrte vertreten? Mit Recht wird ma
ihm sagen, er habe nach dem Gesetz zu entscheiden. Nu
ein rechtswidriges Tun, nur ein rechtswidriges Herbeiführe
einer Gefahr, das irgendeine Norm des positiven Recht
übertritt, macht den Menschen verantwortlich auch für da
weitere Geschehenlassen.

Von demselben Verfasser erschienen:

Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. 1877. Georg H. Wigand, Cassel.

Das negotium utiliter gestum. 1878. H. Böhlau, Weimar.

Die Lehre von den Testamentsvollziehern. 1881. Iherings Jahrbücher.

Das Grundprinzip der negotiorum gestio. 1882. Puttkammer und Mühlbrecht, Berlin.

Recht und Rechtsquellen. 1883. Georg H. Wigand, Cassel.

Gewohnheitsrecht und Irrtum. 1884. G. H. Wigand, Cassel.

Haben nichtphysische Personen das Armenrecht? 1886. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Die Bedeutung der Rückführbarkeit und der mala fides für die Lehre von der Spezifikation. 1887. Archiv für ziv. Praxis.

Die Lehre vom Vergleiche. 1889. R. von Decker, Berlin.

Beiträge zum Römischen Recht. 1891. Albin Schirmer, Naumburg.

Die Haftpflicht der Gastwirte. 1892. Albin Schirmer, Naumburg.

Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung. 1895. Berlin, Carl Heymanns Verlag. Pr. 1 M.

Die Lehre von den Testamentsvollstreckern und der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896. Berlin, Carl Heymanns Verlag. Pr. 60 Pf.

Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1897. Berlin, Carl Heymanns Verlag. Pr. 1 M.

Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1898. Leipzig, Veit & Co.

Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des internationalen Gasthofbesitzervereins. Kommissionsverlag: P. M. Blüher in Leipzig.

Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen deutschen Reichsrechts. 1900. Leipzig, Duncker & Humblot.

Aus einer Reihe von Besprechungen des dieser Abhandlung mit zugrunde liegenden Werks seien hervorgehoben:

Sturm, Dr. August, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen deutschen Reichsrechts. Duncker & Humblot. Leipzig, 1900. Preis 7 Mk. — Jeder hat sein Kind lieb. Nur ungern möchte der Gesetzgeber des BGB. das neu geschaffene Gesetz von dessen älterem Bruder dem Gewohnheitsrecht, verdrängt sehen. Noch § 2 des Entwurfs I verbot es überhaupt, und nur mit Widerstreben wurde die Bestimmung schließlich gestrichen. Die Wege aber will man dem Gew.R. nicht ebnen und vermeidet seine ausdrückliche Zulassung. Aber es ist auch Recht und „durch Schweigen soll es der Wissenschaft überlassen werden, wie es sich, solange es besteht, zu dem geschriebenen Recht verhalte.“ (Prot. d. II. Les. VI. S. 362.) Aber das bezieht sich nur auf das allgemeine (Reichs-) Gewohnheitsrecht. Für partikulares war man der Meinung, daß es durch Art. 2 RV., wonach Reichsgesetz den Landesgesetzen vorgeht, ohnehin verboten sei. Anders der Verfasser. Er, der sich mit dem Gew.R. schon seit 23 Jahren in verschiedenen Vorstudien beschäftigt und an seinem jetzigen Werke jahrelang gearbeitet hat, begrüßt es mit Genugtuung, daß das BGB. „den Richter in die glückliche Lage gesetzt hat, jetzt nach dem Gewohnheitsrecht entscheiden zu können und zu müssen“; er macht dabei nicht den Unterschied zwischen gemeinem und partikularem Gew.R.

Der Verfasser sucht die Frage nach der Grundlage des Gew.R. in einer von der bisherigen Lehre grundsätzlich abweichenden Weise zu lösen. Der Satz: das Recht bindet, weil es Recht ist, befriedigt nicht. Das Band ist zu suchen, welches den Menschen an das Recht in seinen zwei Erscheinungsformen, Gesetz und Übung, bindet. Der Verfasser findet es im „Rechtsgefühl“, dem Ausgang und Ende seiner Lehre, seinem „rechtspsychologischen Fund“. Das Rechtsgefühl treibt den Menschen, Normen zu bilden und ihnen zu gehorchen. Vermöge des Rechtsgefühls wird nämlich die in einem Kreise von Menschen als zweckmäßig und praktisch geübte Handlungsweise den Handelnden selbst unmittelbar, zwingend und ohne Nachdenken, zur bindenden Norm und werden ferner in gleicher Unmittelbarkeit andere, zunächst nicht Übende, gezwungen, den Übenden nachzufühlen, bei gleichem Anlaß nach der Übung zu handeln und anderer Handlungen zu beurteilen und die Übung als eine auch sie bindende Norm anzusehen. Dieser innere (psychologische) Zwang, durch den man sich an das Recht (Übung, wie Gesetz) als etwas Unverletzliches gebunden fühlt, ist es, der das Recht und speziell das der Übung entsprechende Gesetz stützt und den Menschen zum Gehorsam an die Norm zwingt; bloße staatliche Macht vermag nie (dauernd) ein Gesetz zu erzwingen, man kann nicht Recht „machen“. Selbst wenn das Gesetz das Gew.R. verbieten wollte, so wird das Verbot,

wenn der Gesetzgeber nicht stets neu schaffend dem Volksgefühl folgt, alsbald unwirksam. Dementsprechend gibt auch nicht etwa, wie die herrschende Meinung will, erst die Zulassung durch das Gesetz dem Gew.R. die bindende Kraft: denn nicht die *Absicht* der Übenden, Recht zu schaffen, nicht ein *wollender* Gesetzgeber begründet das Gew.R., sondern die Übung mit der *Vorstellung*, daß sie Recht sei und dem Gefühl der Gebundenheit daran, der *zwingenden* Vorstellung, im Gegensatz zur abwägenden Überzeugung der Anhänger der Überzeugungstheorie (speziell des Reichsgerichts — Ziv.-Entsch. Bd. 12 S. 292). Deshalb kann auch ein Irrtum, auf Grund dessen sich etwa die Übung bildet, das Gew.R. nicht hindern: das Rechts- und Gebundenheits-Gefühl und damit die Wirkungen bleiben trotz des Irrtums (a. A. RGE. ebenda).

Der Verfasser sucht die Lehre auch *psychologisch* zu begründen. Die Übung anderer wirkt auf die Gefühlsnerven und dieses Gefühl wieder auf die Willensnerven nach außen, so daß man nun, das Recht fühlend, ebenso handelt und sich gebunden fühlt, wie der das Recht schon Übende. Dieser Trieb, der Norm zu gehorchen, das Rechtsgefühl, gehört zur *ursprünglichen* Veranlagung der Menschen, wie zahlreiche andere ursprüngliche Bewußtseinsgegenstände. Er tritt unter den drei inneren Zustandsmöglichkeiten (Sinnesempfindung, Gefühl, Wille) als *Gefühls*erscheinung auf, und zwar dabei im Gegensatz zu denen der Lust und Unlust als ein eigenartiges, bei dem man sich mit anderen an das betreffende Recht unverletzlich, zwingend und abhängig davon, ob es gefällt oder nicht (ohne Überlegung), gebunden fühlt. Das *Gefühl* der Gebundenheit ans Recht setzt sich wiederum zwingend und ohne Prüfung in den *Willen* nach Erfüllung mit entsprechenden Rechtsforderungen um. In diesem (an sich zu den Selbsterhaltungsbetrieben zu rechnenden) Triebe liegt, sofern er unabhängig vom Gefallen am Recht wirkt, eine in uns liegende ursprüngliche Rücksichtnahme auf andere und zwar einzig als solcher (?), aber auch — gerade vermöge seiner unmittelbaren, zwingenden Wirkung — wesentlich verschieden von der *Moral* mit ihren freien abwägenden Entschließungen. Die Moral *schafft* nicht Recht, hat keinen Einfluß auf die Geltung, sondern nur auf den *Inhalt* der Norm, ja das Recht kann sogar unmoralisch sein (Sklaverei, Inquisition, Privatklage statt Verzeihung).

Diese Lehre prüft sodann der Verfasser durch Beurteilung anderer Meinungen und an der Hand der Geschichte, insbesondere der der Rezeption, nach. Er entwickelt sie unter Bezugnahme auf die römischen Quellen und stellt danach die Erfordernisse des Gew.R. auf: *längere in wiederholten Fällen betätigte Übung*, *Gleichförmigkeit* der Übung, Geltung trotz eines der Übung zugrunde liegenden *Irrtums* (zu vgl. oben) und trotz etwaigen unvernünftigen Inhalts. Für die *Erkenntnis* des Gew.R. genügt die Tatsache längerer Übung; Urteile können (aber müssen nicht) zugleich Zeugnis und Übung sein. Gerichtsgebrauch ist deshalb keine *neben* Gew.R. besonders bestehende Rechtsquelle (wie Dernburg will), er ist Gew.R., aber nur durch die vom Volk geteilte Übung.

Für den Beweis gilt § 293 CPO. (265 a. F.). Durch reine Unterlassung aber entsteht keine Übung.

Die Lehre des Verfassers ist neu. Sie eröffnet zweifellos, wenn sie richtig ist, neue Bahnen nicht bloß für das ganze Gebiet der allgemeinen Rechtslehre, sondern auch für zahlreiche besondere Rechtszweige, wie Irrtum, Zurechnungsfähigkeit, die Lehre vom Staat und von der Strafe. Die Darlegung ist derartig packend und erscheint so streng folgerichtig, daß man sich der Überzeugung von der Richtigkeit der Sätze kaum zu entziehen vermag. Man (Zitelmann) vermißte bisher die Brücke zwischen den Gewöhnten und den Nichtgewöhnten; die neue Lehre braucht keine, weil nach ihr derselbe innere Zwang Übende und Nichtübende zur Übung zwingt. Sicher wird der Weg des Verfassers bald auch von anderen Rechtsschriftstellern und Rechtslehrern beschritten — und vielleicht bald allgemeine Lehre werden. Es wird sich dann finden, ob man dem Verfasser in allen einzelnen, von ihm gezogenen Schlüssen folgen wird. Daß die Leugnung des Einflusses des Irrtums auf die Bildung des Gew.R. eine notwendige Folge der Lehre des Verfassers wäre, kann ich nicht anerkennen. Wie der Mensch, der unter irriger Vorstellung wollte, doch immer wollte und nur nach Hebung des Irrtums bereut, gewollt zu haben, aber das Recht ihm hilft, indem es den Willen nur für einen Scheinwillen erachtet und die Willenserklärung für nichtig hält, so ließ die Kirchengemeinde, die im altsächsischen Gebiet irrig meinte, das sächsische Recht mit seinem baulastenfreien Patronat gelte fort, ihren Patron zwar in dauernder Übung frei, aber nachdem sie durch die Entscheidung des Obertribunals vom 6. Dezember 1850 (Entsch. 24 S. 1) ihren Irrtum erkannt hat, reut sie die Übung, und das Recht hilft ihr und erklärt die Übung für Scheinübung, die rückwärts wie nie geschehen behandelt wird. Ich glaube nicht, daß in dieser Hinsicht die rückwirkende Kraft des Irrtums weniger Wirkung haben müßte auf ein unmittelbares Rechtsgefühl und eine von ihm getragene Übung, als auf eine von bloßer — prüfender — Rechtsüberzeugung gebildete Gewöhnung (zu vgl. RGE. Ziv. Bd. 31 S. 270; 12 S. 292). — Bedenklich erscheint mir schließlich doch auch die Geltung des partikularen Gew.R. Wenn unsere jetzigen Gesetze — und sicher die RV. vom Rechtsgefühl aller (Deutschen) getragen werden und ohne dieses keinen Bestand haben, und wenn anderseits der Art. 2 RV. nach seinem ganzen Zweck neben dem Reichsgesetz kein, es ergänzendes oder änderndes, partikulares Recht (auch nicht Gew.R.) zulassen will, warum soll dann dieses vom allseitigen Rechtsgefühl getragene Verbot nicht die Wirkung haben können, daß sich alle Teile des Volks vermöge des durch jene Satzung erzeugten Rechtstriebes gebunden fühlen, kein partikulares Gew.R. entstehen zu lassen? und warum soll der Richter dann nicht dem, der die Bildung partikularen Gew.R. behauptet, sagen dürfen, vermöge

eurer Bindung **konnte** sich keins bilden? Vielleicht lohnt es sich, diesen Versuch zu solchem Ausweg nachzuprüfen.

Halle a. S. Dr. **Haase**, Landgerichtsrat.

Preußisches Verwaltungsarchiv Nr. 36.

Der Verf. forscht nach dem letzten Grunde und der Kraft des Gewohnheitsrechts. Die bisherigen Theorien verwirft er: rechtsphilosophische, ethische und theologische Konstruktionen führen nicht zum Ziel. Sturm will die Frage auf dem Wege der „Rechtspsychologie" lösen. Nach ihm ist das dem Menschen angeborene, in seiner Natur liegende Rechtsgefühl die monistische Grundlage des Rechtes überhaupt, daher wie des Gesetzes, so auch der Übung. Kraft dieser elementaren Gewalt fühlen sich nicht nur die Übenden, sondern auch die Nichtübenden an die Übung gebunden. Für den mißverständlichen Namen: Gewohnheitsrecht will der Verf. einsetzen: Übungsrecht. Unter Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht versteht St. die Kritik der namentlich in der Neuzeit geäußerten Ansichten der Rechtslehrer. Diese Kritik nimmt daher einen breiten, viel zu breiten Raum ein. Das Quellenstudium tritt dagegen bei ihm fast ganz zurück, da die Geschichte ihm nicht die gesuchte Lösung bringen kann. Man kann dem zustimmen; aber die Savigny-Stiftung, welche das Thema als Preisaufgabe [1]) gestellt hatte, hat sich die Bearbeitung begreiflich anders vorgestellt. St.s Buch hat das Problem zwar nicht geschichtlich, aber sonst von allen Seiten angefaßt und zeigt den Verf. auf der Höhe der Aufgabe. Seine Kritik der Gegenansichten erscheint gut begründet, die eigene Lehre überzeugend oder doch wegweisend.

Literarisches Zentralblatt 1901, Nr. 36.

Als dem gemeinen Recht zugehörig bezeichnet sich schon durch den Titel die warm geschriebene, auf gründlichen Studien beruhende Untersuchung **Sturms** über das alte und ewig reizvolle Problem des Gewohnheitsrechts. Ein großer Teil des stattlichen Bandes ist der Dogmengeschichte gewidmet; doch vermag den Verf. keine der mitgeteilten zahlreichen Theorien voll zu befriedigen. Er begründet dafür die gewohnheitsrechtliche Bildung auf das Rechtsgefühl, das sowohl die Übenden als die Nichtübenden „an die Rechtsübung bindet", s. die Thesen S. 245. Dieses „Übungsrecht" gilt überall, wo es da ist; ihm gegenüber erscheint sogar das Gesetz nur als die abgeleitete Rechtsform und kann höchstens als gleichberechtigt mit ihm anerkannt werden, S. 199. Irrtum ist auf die Bildung ohne Einfluß, da das Rechtsgefühl seiner ungeachtet um nichtsdestoweniger vorhanden ist.

---

[1]) Der Preis ist überhaupt nicht verteilt worden.

Das Rechtsgefühl kann zuletzt nicht weiter abgeleitet werden, „als aus dem Rechtstrieb im Menschen, der uns antreibt, stabile Rechtsübung als solche, und nicht bloße Gewöhnung, weiter zu üben“, S. 197.

Für das neue Recht verteidigt Sturm mit Fug die Möglichkeit einer Fortbildung durch Gewohnheit, sobald sie „das Rechtsgefühl bezeugt“. „Dieses Gefühl kann sich auch lokal äußern, wenn es nur von den anderen als Gefühl einer Rechtsgewohnheit empfunden wird“, S. 275.

Es ist hier nicht der Ort, um zu einem so tiefgründigen und die schwersten Probleme unserer Wissenschaft berührenden Werke ausführlich Stellung zu nehmen. Nur kurz bemerke ich, daß allerdings das Rechtsgefühl auch m. E. bei dem Bildungsprozesse des Rechtes eine große Rolle spielt; Iherings Lehre, daß nicht das Rechtsgefühl das Recht, sondern umgekehrt das Recht das Rechtsgefühl erzeuge, scheint mir keineswegs billigenswert. Aber das als solches rein innerlich bleibende Gefühl ist schwerlich imstande, das Zwangsgebot des Rechtes hervorzurufen; auch der Verfasser spricht, sogar unter Berufung auf die bekannte Lehre Zitelmanns (S. 152), von der Unumgänglichkeit einer Übung zur Entstehung des Rechtes. Kann man aber auf den völkerpsychologischen Vorgang, der sich bis zur wirkenden Tat der Übung gefestigt hat, noch die Bezeichnung eines bloßen „Gefühls“ sinngemäß verwenden? Ich sehe in der Übung vielmehr die Objektivierung des Volkswillens.

Immerhin bleibt Sturms Buch eine anerkennenswerte Bereicherung unserer Literatur; man muß ihm dafür um so mehr danken, als er sich in der Last der praktischen Geschäfte den Sinn für derartige theoretische Probleme frei zu halten gewußt hat.

Archiv für bürgerliches Recht, XX 1.

Referent bekennt, daß er allein an der verspäteten Berichterstattung schuld ist. Freilich waren es die tiefgehenden, vom Verfasser angeregten Probleme, die zu ausgedehnten Studien auf dem Gebiete der Psychologie und der Rechtsphilosophie nötigten. Daß von deren Ertrag auch nur andeutungsweise hier Gebrauch gemacht werden könnte, ist zwar infolge Raummangels leider ausgeschlossen, doch war es erst durch Spezialstudien möglich, dem verdienstvollen Buche gerecht zu werden. Sturm hat sich mit der Lehre vom Gewohnheitsrecht schon in mehreren Schriften (Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit 1877, Recht und Rechtsquellen 1883, Gewohnheitsrecht und Irrtum 1884) befaßt. Die vorliegende verfolgt „in dieser schwierigsten Frage die eingeschlagene neue Bahn bis zum letzten möglichen Ziele“. Verfasser hatte schon früher erkannt, daß nur die innere Notwendigkeit der Gewohnheit für die Übenden das Recht schafft und sie bindet. Während er aber in seinen ersten Schriften für die Nichtübenden kein Band

findet, kein Zwang an die Übung aufgestellt wird, gibt er diesen in „Recht und Rechtsquellen". Nach seiner jüngsten Ansicht ist für die Übenden die Macht der Übung der alleinige Grund, sobald man den Rechtstrieb an ihnen daneben bloßlegt (S. 61). Er sucht auf empirischem Wege unter Ablehnung jedes Naturrechts und jeder Rechtsphilosophie, das Rechtsgefühl als den alleinigen Ausgangspunkt und das Ende seiner Lehre. Die Rechtspsychologie soll „die vielgesuchte allgemeine Rechtslehre darstellen" (S. 2, 3, 10). Er versucht eine empirische Begründung dieses Rechtsgefühls auf Grund der Arbeitsteilung im Nervensystem und nimmt weiterhin an, daß der Rechtstrieb: der Trieb, der Übung und dem Gesetz unbedingt und ohne Reflexion zu gehorchen, zur ursprünglichen Ausrüstung des Menschen gehört, wie der Mitteilungstrieb (S. 3, 4, 9). Plötzlich, ohne jedes Motiv und ohne jede Reflexion sehen alle im Kreise in ihrer eigenen Übung ein zwingendes Band, das sie nicht eher verletzen dürfen, bis etwa eine neue Übung sich ausgebildet hat. In diesem Moment wirkt der Rechtstrieb im Menschen, die Norm wird geboren, das Recht ist entstanden. Nur den Anarchisten sei der Rechtstrieb fremd, wodurch sie aber als anormal gekennzeichnet sind (S. 12—18). Für Sturm liegt im Wesen des Menschen, daß er dem Gesetz wie der Rechtsgewohnheit als Rechtswesen gehorcht; der Mensch muß für sein äußeres Verhalten eine Rechtsnorm haben, diese muß eine bestimmte äußere Form besitzen, es muß endlich jede Norm die Form des Gesetzes oder der Gewohnheit aufweisen. Diese drei Wesensnormen liegen im Menschen. Sie sind keine Willensnormen, sie sind empirisch. Natürlich findet er die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechtes nicht in der Anordnung oder Gestattung des Gesetzgebers (S. 28—33), auch nicht in dem Willen des Volkes (S. 34—36). Von diesen Gedanken beherrscht, unternimmt er eine Revision der Lehre vom Gewohnheitsrecht. Es erscheint zunächst eine Kritik von bekannten Ansichten anderer Autoren, wobei die eigene Meinung des Verfassers häufig durchbricht. Zunächst führt er alle wesentlichen Vertreter der von ihm bekämpften sogenannten Überzeugungstheorie vor (S. 37—61) und findet öfter, als wohl andere dies entdecken könnten, Anklänge an seine Theorie von dem Rechtstriebe im Menschen. Die Weiterbildung der Überzeugungstheorie (S. 61—69) findet er darin, „daß die Übung der Rechtsübenden um ihrer selbst willen gilt und daß die Rechtsüberzeugung nur ein Gefühl, ein Sinn, ein Glaube des Rechts genannt wird". Das Recht ist nicht Wahrheit, über die man irren kann, sondern innere Notwendigkeit, auf die subjektiver Irrtum nie Einfluß hat.

Weitere kritische Waffengänge richten sich gegen Theorien, die die Gewohnheit gründen wollen „auf die Macht Gottes" (Stahl) S. 69—71; „auf die äußere menschliche Macht" (Stintzing) S. 72; „auf unbewußte Gewöhnung" (Schwanert, Frenzel) S. 73—78; „auf die Macht der subjektiven Vernunft des einzelnen" (Adickes) S. 79 und „auf die allge-

meine Vernunft“ (Dahn) S. 81. Die Kritik richtet sich des weiteren gegen Bülow, der die Forderung stellt, mit der Gewohnheit als Rechtsquelle zu brechen (S. 82, 83), Merkel („Die Gewohnheit und die Macht der moralischen Faktoren“) S. 84—90, Bierling („Anerkennung als verbindliche Kraft“) S. 90—97, Hölder und Harum („Macht des Willens der Gemeinschaft“) S. 98—100, Rümelin und Binding („Ethische Stütze der staatlichen Genehmigung des Gewohnheitsrechts“) S. 106 ff., zuletzt sogar gegen Zitelmanns „Macht der Reflexion“ S. 111 ff. Sturm weist dann alle philosophischen Lösungen der Frage nach der verpflichtenden Kraft des Gewohnheitsrechts in Anlehnung an Bergbohms Jurisprudenz und Rechtsphilosophie ab (S. 112—124); ebenso die rein negative Stellung Neukamps, der dem Gewohnheitsrechte völlig absagt (S. 125 ff.), ebenso endlich „andere moderne Ansichten“, u. a. die von Esser, Eich, Mittelstein, Pfersche, Oertmann, Knitschky, Brodmann und Stammler (S. 130—151). Damit ist die erste referierende und kritische Hälfte des Buches abgeschlossen.

Die zweite beruht auf einer Grundidee Zitelmanns, den psychologischen Weg zur Revision des Gewohnheitsrechts einzuschlagen (S. 152). Sturm leugnet aber die von Zitelmann meines Erachtens mit Recht behauptete unüberbrückbare Kluft zwischen den Übenden und Nichtübenden; er meint, das Gefühl, daß eine entstandene Übung eine unverletzliche, zwingende Rechtsübung sei, werde von den Nichtübenden wahrgenommen und diese fühlen sich infolge des Rechtsgefühls daran gebunden (S. 152, 153 ff., 158, 159). Das Werden der Rechtssätze beruhe auf diesem Rechtsgefühl, ebenso aber auch der Grund der Geltung. Es ist eine Art erhaltende Geistesfunktion, die an die Übung bindet (S. 189, 190), ein zwingender Rechtstrieb, den die Geschichte mit Normen erfüllt, ein Trieb, Normen zu geben und Normen zu gehorchen (S. 191, 194—203). Von dieser Theorie aus untersucht Verfasser im einzelnen die Erfordernisse der Rechtsübung (S. 204—215). Das der längeren Dauer der Übung wird verlangt, aber das Genug der Zeit gibt nur ein inneres Gefühl an. Für die Gleichförmigkeit der Übung wird dem freien Ermessen freier Spielraum gelassen, die Abwesenheit des Irrtums gilt nicht als Erfordernis, ebensowenig die Rationabilität (S. 215). Als beste Erkenntnisquelle des Gewohnheitsrechts erachtet er die Rechtsanwendung vor Gericht, also den Gerichtsgebrauch, weniger die Rechtssprichwörter (S. 219, 220). Dem Gewohnheitsrechte schreibt er auch Gesetze aufhebende Kraft zu und argumentiert sehr lebhaft mit den Einrichtungen des Schecks und des Versicherungsrechts (S. 221—239). Ihm ergibt sich auch die Gleichsetzung von Observanz und Gewohnheitsrecht (S. 239). Aber nicht nur die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts werden revidiert, auch das Verhältnis des letzteren zum Werden des Rechts war zu prüfen. Sturm bezeichnet als Ziel des Rechts den Frieden, aber als Mittel dazu erscheint ihm nicht nur der Kampf. Dadurch nimmt er eine Mittelstellung ein zwischen der historischen Rechtsschule, die das friedliche pflanzenmäßige

Werden des Rechtes behauptet, und zwischen Ihering, dem das objektive Recht nur im Kampfe des einzelnen um sein subjektives Recht entsteht (S. 241). Wie tiefe grundsätzliche Fragen hierbei in Betracht kommen, hat uns erst jüngst die meisterhafte Rede Gierkes: „Die historische Rechtsschule und die Germanisten“ 1903 recht eindringlich vor Augen geführt (s. S. 34 und Anm. 123 daselbst). Wenig ergiebig scheint mir der Überblick über den Wert des Gewohnheitsrechts in dem Gebiete des öffentlichen Rechts zu sein; hinsichtlich des Handelsgewohnheitsrechts schließt sich der Verfasser an Cosack an (S. 253 ff.). Endlich formuliert er seine Ansicht über das Gewohnheitsrecht des BGB., nach sorgfältiger Darstellung der Meinungen anderer bis 1900, dahin: Da uns keine Norm im BGB. die Anwendung des Gewohnheitsrechts verbietet, dieselbe ausdrücklich geboten ist, weil es eine „Rechtsnorm“ ist, so gilt das Gewohnheitsrecht, sobald es das Rechtsgefühl bezeugt. Dieses Gefühl kann sich lokal äußern, wenn es nur von den anderen als Gefühl einer Rechtsgewohnheit empfunden wird. Da keine Norm und kein Gesetz das Reichsrechtsgefühl oder das Gewohnheitsrecht verbieten kann, so muß zugegeben werden, daß partikuläres Gewohnheitsrecht Reichsrecht aufheben kann (S. 275).

Das Werk ist nicht leicht zu werten. Eine rührende Sorgfalt ist auf die kritische Durchdringung der gesamten Literatur verwandt, eine zuverlässigere Darstellung der bisherigen wissenschaftlichen Ansichten in dieser so überaus heiklen Materie wird man schwerlich finden. Es bedeutet den Abschluß der Lehre bis zum Tage des Inkrafttretens des BGB. Die Fruchtbarkeit der Kritik Sturms freilich kann ich, obwohl selbst kein Freund der Überzeugungstheorie (s. meine Volksüberzeugung als Rechtsquelle 1900), nicht zugeben. Weil Sturm auf eine nicht weiter beweisbare Behauptung, nämlich auf die Gefühlsmäßigkeit des Rechts, seine ganze Lehre abstellt, nimmt er mir und wahrscheinlich vielen die Möglichkeit, sich überzeugen zu lassen. Für ihn liegt lediglich „eine Tatsache des Gefühls, ohne daß es einer weiteren Rechtfertigung bedarf“ vor (S. 165); ein elementares Etwas, eine rein psychologische Tatsache, die den Menschen zum Menschen macht (S. 176). Man kann diese „bis in die letzten Tiefen verfolgte Idee“ annehmen oder auch nicht, zwingend ist sie nicht. Das Vorliegen intellektueller Momente bei der Rechtsbildung kann mit derselben inneren Wahrscheinlichkeit behauptet werden. Ich vermag auch den Satz nicht zuzugeben: „wenn uns die empirische Beobachtung zeigt, daß die Menschen den Gesetzen gehorchen, so bleibt uns keine andere Annahme als die, es liege im Menschen ein Trieb, dies zu tun“ (S. 194). Es bleibt gerade meines Erachtens die Hauptfrage offen nach der Ursache des Gehorsams. Das unbedingte Ablehnen des Zweckgedankens und der bewußten Schöpfung im Gebiete der Rechtsquellen ist mindestens einseitig. Irrig ist meines Erachtens auch, daß, weil das Recht und seine Normen als Kennzeichen des Menschen-

tums gelten und weil es eine soziale Institution ist, es gerade auf dem Rechtstriebe beruhen müsse. Die Urwüchsigkeit der Rechtsbildung, seine Untrennbarkeit von aller sozialen Organisation sagt noch nichts aus über die Art der Entstehung. Es hat hier wohl noch immer Zitelmann das bis jetzt letzte Wort gesprochen (Gewohnheitsrecht und Irrtum, Archiv für zivilistische Praxis 1883 S. 459): Die ewige Rechtfertigung der Geltung des Gewohnheitsrechts liegt darin, daß ein normal denkender Mensch die Vorstellung, daß eine rechtliche Ordnung gelte, dann erzeugt, wenn er das längere tatsächliche Herrschen dieses Satzes beobachtet und erwartet, daß dieses tatsächliche Herrschen auch noch länger andauern werde.

Alles in allem ein sehr verdienstvolles Werk, das in seiner Kritik der vorhergehenden Literatur Achtungswertes leistet. Die Frage, weshalb das Gewohnheitsrecht als autoritärer Wille erscheint, hat es nicht zu lösen verstanden.

Bonn. Stier-Somlo, Privatdozent.

Juristisches Literaturblatt Nr. 148, Bd. XV.

Das Gewohnheitsrecht ist tot — es lebe das Gewohnheitsrecht! So ist man versucht auszurufen, wenn man wahrnimmt, wie das Gewohnheitsrecht (nicht die Gewohnheit) nicht bloß aus den Gesetzbüchern, sondern auch aus der Praxis der Gerichte, also aus dem wirklichen Rechtsleben, allmählich vollständig verschwindet, während es dagegen in der juristischen Literatur neuerdings zu einem um so intensiveren Leben erwacht ist. Der Satz des Dichters: „Was im Liede soll bestehen, muß im Leben untergehen", bewahrheitet sich auch auf dem nüchternen Boden des Rechts.

Abgesehen von zahlreichen kleineren Monographien sind es vor allem die oben bezeichneten beiden größeren Arbeiten, die das Problem des Gewohnheitsrechts einer Lösung zuzuführen suchen. Die beiden Verfasser gehen auf ganz verschiedenem Wege auf ihr Ziel los: Brie will auf breiter geschichtlicher Grundlage eine zusammenhängende Darstellung der Lehre vom Gewohnheitsrecht geben, während Sturm in einer abgeschlossen vorliegenden Arbeit auf Grund einer „neuen empirischen Rechtspsychologie" des Rätsels Lösung erreicht zu haben glaubt. Brie stellt im Anschluß an die herrschende gemeinrechtliche Lehre und deren Terminologie in sechs Abschnitten dar, welche Auffassung im römischen Recht (S. 1—56), im kanonischen Recht (S. 59—95), bei den Glossatoren (S. 66—127), bei den Postglossatoren (S. 128—164), bei den Kanonisten (S. 165—201) und im deutschen Recht des Mittelalters über das Gewohnheitsrecht geherrscht hat. Diese Darstellung hat bis jetzt im wesentlichen den Charakter einer literar- und dogmengeschichtlichen Arbeit. Welche Auffassung der Verfasser selbst über das Wesen des Gewohnheitsrechts hat, das wird und muß sich erst aus den späteren Bänden dieses breitangelegten Werkes ergeben

Anders als die gründliche und fleißige, auf eingehendem Quellenstudium eruhende historische Arbeit Bries stellt sich diejenige Sturms als ine ebenso fleißige „rechtsphilosophische" dar. Er führt die eltung des Gewohnheitsrechts, wie überhaupt des Rechts, auf den den enschen innewohnenden Rechtstrieb oder das Rechtsgefühl zurück.

Im Ergebnis kommt St. (S. 28) zu folgenden Sätzen, die gleichzeitig eine Auffassung von dem Wesen und der Bedeutung des Gewohnheitsrechts m besten beleuchten: a) das BGB. kann das Gewohnheitsrecht nicht verieten; b) das neu entstehende Reichsgewohnheitsrecht kann das BGB. ergänzen; c) das Übungsrecht kann dem BGB. widersprechen und es aufheben.

Beide Bücher fassen den Gegensatz von Gesetzes- und Gewohnheitsecht im wesentlichen im Sinne der herrschenden Lehre auf, ohne die Beenken, welche ich (in meiner Abhandlung über das Gewohnheitsrecht im ebiete des gemeinen Rechts) in bezug auf diese Gegenüberstellung geltend emacht habe, eingehender zu würdigen. Ich muß es der Darlegung an inem anderen Orte vorbehalten, zu zeigen, daß man im heutigen Recht on einem dem Gesetzesrecht gleichwertigen Gewohnheitsrecht nicht reden ann, womit aber die Bedeutung der Gewohnheit für das Recht nicht eleugnet werden soll.

So interessant und lehrreich die Lektüre beider Bücher st, so wird man doch nicht behaupten können, daß durch dieselben das roblem des Gewohnheitsrechts eine endgültige, allseitig befriedigende ösung gefunden hat.

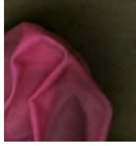
Köln. Neukamp, Oberlandesgerichtsrat.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.





Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.







Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.







